١

٦٣٨

وقف نجار الی

مجموعه‌لی

٢٦٤ یاپراقدر

5493/2

٦٣٨

٢٦٤

١٢٢

هدايه شريف

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل
ان يقول احدهما بعت والاخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء
يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين
احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك
بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر
في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق
المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل في
المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم
العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع لخلوه
عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى اخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت
ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا
الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض

المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الاخر بتفرق الصفقة الا اذا
بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول
بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا
حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم
رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان
بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر فلا يجوز والحديث محمول على
خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها
او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها
لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه
لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة
لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل
جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل
اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من
يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من
التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في
بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه هو المتعارف
وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين

اخذ بها وهذا اذا كانت النقود في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا
ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب وارجح فيصرف اليه تحريا للجواز
وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي
اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم
كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية
قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه
مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة
القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف
مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه
قبل التسليم بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة
انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم
جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له
انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول
الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس كما لو اقر وقال لفلان علي كل درهم
فعليه درهم ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين
على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه

وكذا اذا

3

وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه
ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في
جميعها عند ابي حنيفة وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة
الذرعان وكذلك كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده
ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت
وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي
في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها
اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع
لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان
البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه
عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف
في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن
كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن
فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا
وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة
فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع

بحسابه كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها
من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده
بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا لكل ذراع
بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء
فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا
يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن
اخذا بالمشروط قال ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار
او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة
سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه
عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع
وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة بين ما
اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو
اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة
المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار و
لم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان ايضا
وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي
حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد

المروي

في المروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا
واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة
ونصف قال ابو حنيفة في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني
ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء
وفي الوجه الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء
وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة
نصفه بنصفه فيجري عليه حكمهما ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل
كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة ان الذراع وصف
في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم
الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على
المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار
يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن
باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء
ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع
الذي فيها ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان ا

الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للابقاء فصار كالزرع ويقال للبائع
اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك
البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك
حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي
العادة ان لا يقطع فصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا
هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجرة وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما
اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز
في الصحيح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض و
قد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو
نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء
على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع
والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها
من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من
مرافقها دخلا فيه واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح
قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما
لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح
وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع

وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل
ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع
بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا
واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم
وهو الذي يزيد لمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع
طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة
محظورة وان تركها بغير اذنه بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة
لا تحقق زيادة ولو اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت
الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن
معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث
لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها
مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز
ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره
لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل
الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا
لمالك لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي
معلوم بالمشاهدة قال قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي

ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من
العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف
الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء
في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا
الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا
يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب
الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عم انه نهى عن بيع النخل حتى
يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه
في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز
بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه
لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في
البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح
يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال
واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع
ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد
فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن
والبائع هو المحتاج الى تمييز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية

ابن سماعة

6

ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف
بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري
لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة
بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن
ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة ومن باع سلعة
بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم
احدهما بالدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما
الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو
الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عم اذا بايعت فقل لا خلابة
ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي وقالا يجوز
اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز في البيع الخيار الى شهرين ولان
الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار
كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما
جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة
الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر هو يقول ان العقد انعقد فاسدا
فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه
في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد

الرابع

قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع
الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول قال ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن
الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه
ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا
عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفى
الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر
وفي هذا بالقياس وفي هذا الملحق قياس آخر اليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه
اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى
ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام
هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري
التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار
ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي
مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء
على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع
لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار
لانه شرع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه

لانه لما

لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك
ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا
بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له
في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى
فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه
فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان
الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة
عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع
الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار
ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطء
بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح
لانه ملكها وان وطئها لم يردها لانه وطئها بالملك فيمتنع الرد وان كانت ثيبا
ولهذه المسألة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه
منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدته ومنها عتقه اذا كان المشتري
حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق
بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده
وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار على البائع لا يجب على البائع الاستبراء عنده وعندهما

بحاله وارتفع القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام
ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند
البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك
عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري
عبدا مأذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع
عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا
بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم
بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا
يتملكها بعد سقوط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدته
وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما
كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة
ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد
بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة
القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار
للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام
ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه

المسلط

المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم
ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار
بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت
في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة
فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث
استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار فلا يورث واما خيار التعيين يثبت
للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى شيئا
وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار
لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد و
احكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد
لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه
تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض
انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره
ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى
وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان
الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما
التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج ذلك

كما لو باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً فجوّز البعض ... حال الوكيل والموكل ...
لعشرة فيكون البيع بينهما نصفين قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه
بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه
بالخيار في احدهما بعينه جاز وهذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا
يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول من الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع
لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم
فبقى الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه
الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول
العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد
في العقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل الثمن ولا يعين
والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او جهالة الثمن
قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز وكذا
الثلاثة وان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وجه
قول الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق
والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار
من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به
الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة

في الثلث

في الثلث لتعين ما فيه الخيار وفي الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة
والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما
ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور
في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا
الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين
بالثلث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين
وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر
امانة والاول مجاز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين
الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد
منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا
ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا
لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل ومن
اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان
طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك
بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء
فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة قال واذا
اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة

وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما أن إثبات الخيار لهما
إثبات لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه وله أن المبيع
خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد
وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن
باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن
وإن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير
لأنه ما رضي به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد
العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة وإذا
أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية **قال** ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا
رآه إن شاء أخذه وإن شاء رده وقال الشافعي لا يصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول
ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه ولأن الجهالة بعدم الرؤية
لا تفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه
وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبله
وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولأن الرضا بالشيء قبل العلم
بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال ومن باع
ما لم يره فلا خيار له وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط

وهذا لأن

وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف
المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع إليه أنه
معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ويروى أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضا
بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني اشتريت ما
لم أره وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما
جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ثم خيار الرؤية غير مؤقت
بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية
ثم إن كان تصرفا لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع
المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار
وإن كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا
يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا
قال ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة
وكفلها فلا خيار له والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية
ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فإن كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل
والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي
أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وإن كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من
رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون

مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف
وصف البقية لأنه يعرض بالنموذج وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا
كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو
والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيرهما وشرط بعضهم رؤية
القوائم والأول هو المروي عن أبي يوسف وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود
هو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن
ذلك هو المعرف للمقصود قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها
وكذا إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول
داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية فإن دورهم
لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر إلى
الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب
ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند أبي حنيفة وقالا هما سواء وله أن يرده قال رضي الله عنه
معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع ولهما أنه توكل
بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط
قصدا وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه
مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه
فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملكه

قبض العبد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه
وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه
لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله بخلاف الرسول
لأنه لا يملك شيئا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولا
في البيع أو في الشراء قال وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى لأنه
اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس
وبشمه إذا كان يعرف بالشم وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط
خياره في العقار حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف
أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبه يقام
مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة
وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه
وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفا ومن رأى أحد الثوبين
فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت
في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام
وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء
ولا رضاء ويكون فسخا من الأصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه
الإرث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فإن كان

على الصفة المرئية فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته
يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مرئية لعدم الرضا به وإن وجده متغيرا فله الخيار
لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وإن اختلفا في التغير فالقول
للبائع لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر
شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون
القول قوله ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه
لم يرد شيئا منها إلا من عيب وكذلك خيار الشرط لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد
ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب
لأن الصفقة تتم مع بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة ولو عاد إليه
بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف أنه لا يعود
بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري
على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف
السلامة فعند فوته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان
لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل
من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب
كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به **قال**
وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص

القيمة والمرجع

القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير
عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه إذا ظهرت
عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك وإن حدثت
بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول
في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغر لحب اللعب
والسرقة في الصغر لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل
فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا **قال** والجنون في الصغر عيب أبدا ومعناه
إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول
إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري
لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد **قال** والبخر
والدفر عيب في الجارية لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به
وليس بعيب في الغلام لأن المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء
لأن الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود في
الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام
إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة **قال** والكفر
عيب فيهما لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة
فلو اشتراها على أنها كافرة فوجدها مسلمة لا يردها لأنه زوال العيب **قال** فلو كانت الجارية

بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء
ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة
ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح
قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع
بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود
معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا
ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا
فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال
البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه
المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع
بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب
رجع بالنقصان لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها
لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيع فامتنع اصلا وليس للبائع ان
يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان
لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا
فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا
يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه

او مات عنده

او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به
والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس ان لا يرجع لان الامتناع
بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان
الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق
فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق
والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر
الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل
وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض قال وان قتل المشتري
العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون
انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان هاهنا باعتبار الملك
فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كالمعتق اذا كان معسرا
واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب
حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق
وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا
الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب
فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعندهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل

العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى بيضا
أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله
لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته
باعتبار اللب وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع
بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان وقال الشافعي يرده لأن الكسر بتسليط
منه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد
البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز
عادة كالواحد والاثنين في المائة وإن كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل
الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا
فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء
يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه
أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار
فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون
ردا على الموكل لأن البيع هناك واحد والموجود هاهنا بيعان فيفسخ الثاني
الأول وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق ثالث وإن كان
فسخا في حقهما والأول ثالثهما وفي الجامع الصغير وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث
مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وما لا يحدث

سواء وفي بعض روايات البيوع أن فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام
العيب عند البائع الأول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن
حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينته لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه
بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع ولأنه لو قضي بالدفع
فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه فإن قال المشتري شهودي
بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن في الانتظار ضرر البائع وليس
في الدفع كثير ضرر به لأنه على حجته أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه قال ومن اشترى
عبدا فادعى إباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده والمراد التحليف
على أنه لم يأبق عنده لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب
في يد المشتري ومعرفته بالحجة فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده
قط كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله
ما أبق عندك قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد
باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم
وهو موجب للرد والأول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند
التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم
أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة لهما أن الدعوى معتبرة
حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب عليها التحليف وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة

ولنا أنه يصح الإبراء ... ولا يصير خصما إلا بعد ... أو النكول عن اليمين على ما هو الحكم بحلفه
لا يحلف على الوجه الذي ذكرنا قال أو النكول عن اليمين على ملاك الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ
مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية
وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعتنيها
وحدها فالقول قول المشتري لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب
وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال ومن اشترى عبدين صفقة
واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما لأن الصفقة
تتم بقبضهما فيكون تفريق الصفقة قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لأن القبض له شبه بالعقد
فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى
عن أبي يوسف أنه يرده خاصة والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة
تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن
لا يزول بدون قبض جميع ثمنه ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا رده خاصة خلافا لزفر
هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه
ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة
في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر
قال ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده
بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر

ونحوه

ونحوه وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد فإن كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين
حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لأن
التبعيض ... والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك
وهذا إذا كان بعد القبض أما إذا كان قبله فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام
قال وإن كان ثوبا فله الخيار لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر
الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها أو
كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار
الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا
وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفا فليس برضا أما الركوب
للرد فلأنه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدا منه
إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد أما إذا كان يجد بدا منه
لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع
عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته
سارقا إلى غير سارق وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده
وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية
فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملا
فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل

في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق
وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكره
ممنوع ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا
وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله فبثلاثة
الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احداهما
الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض
عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه
بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضاء به
ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا او شرط
البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي
لا تصح البراءة بناء على مذهبه لان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول
ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في
الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة
ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف وقال محمد لا
يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف ان الغرض الزام
العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد
كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه
هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل
وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا
عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال
فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون
امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا
لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما
كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به
ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذا
بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان
قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك
ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير
مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد
مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها
وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى
الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي
ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر

وكذا لو باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقابلة **قال** وبيع ام الولد
والمدبر والمكاتب فاسد معناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت
والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله
فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق
دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق وان ماتت ام الولد
او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه
لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لأن المدبر وام
الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه
فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة
وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما
ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما
يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا **قال** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لأنه
باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ومعناه
اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم
يسد عليها المدخل لعدم الملك **قال** ولا بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ
وكذا لو ارسله من يده لأنه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع

الحبل وحبل الحبلة ولأن فيه غررا **قال** ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه
انتفاخ ولأنه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره **قال** ولا الصوف
على ظهر الغنم لأنه من اوصاف الحيوان ولأنه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف
القوائم لأنها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع
التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع
وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه
قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لأنه لا يمكن تسليمه
الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن
معينا لا يجوز لما ذكرنا ولجهالته ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان
يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ
حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين
موجود **قال** وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه
غررا **قال** وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بخرصه تمرا ومثله العنب بالزبيب على هذا
المزابنة والمحاقلة والمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها
خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض
وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لأنه عليه السلام نهى عن
المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة

وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازاً لأنه لم يملكه
فيكون براً مبتدأ قال ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع
كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان فإذا لمسها المشتري
أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني
بيع المنابذة والثالث إلقاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن الملامسة والمنابذة ولأن فيه
تعليقاً بالخطر قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في
أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي
ولا إجارتها والمراد الكلأ أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث
وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين
مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف وقال محمد يجوز إذا كان محرزاً وهو قول الشافعي لأنه حيوان منتفع به حقيقة
وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير
والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كوارة
فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له كذا ذكره الكرخي قال ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة
لأنه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له وعند محمد يجوز كيفما كان
لكونه منتفعاً به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف
مع أبي حنيفة كما في دوده والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم

قال ولا يجوز

قال ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه قال إلا
أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في
حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عنده انتفى العجز عن التسليم
وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عليه لأنه أمانة
عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع لأن قبض البيع قبض ضمان
وإن كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان
فبعه مني لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع
الآبق ثم عاد وسلمه لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لانعدام المحلية كبيع الطير
في الهواء وعن محمد أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع
قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد قال ولا يجوز بيع
لبن امرأة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر ولنا أنه جزء الآدمي
وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن
الحرة والأمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها
فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل يتحقق
فيه ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز
بيعه إهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل
فلا ضرورة إلى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسده

لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة
الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها قال ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا
الانتفاع بها لان الآدمي مكرم غير مبتذل
فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة و
المستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال
ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب
وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ
لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها
وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت
لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع
حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط
العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه
والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا
في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله
قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء
وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان
الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فمجهول

لانه لا يدري

لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان
ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو
الطريق واما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق
بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو
البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال
ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث
ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة
مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق
بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا
هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض
وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس
جنسان مع اتحاد اصلهما والوذاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن
اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد
الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع
من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض
ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة
بئسما شريت واشتريت ابلغ زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله

ان لم يتبين ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقع في ضمانه
يتبين له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما
يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل
ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه
لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع
وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه
مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او
المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه
مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان
الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق
فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول
قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان
او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول
للمشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل
جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع
صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه
باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى

الامر امر

الامر امر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان
خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة
على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم
جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد
لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع
لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد
عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف لا يفسد وهو الظاهر من المذهب
كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى
الربا ولا الى المنازعة واذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد
لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة
للمعقود عليه والشافعي وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة
فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه
فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة
وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلفه
بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن
من حيث حكمه يلائمه لانه منهي للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع

ينقصها العيب فاذا اتلفه لو جاز لم يتحقق الملك فيتقرر الفساد وان وجد بعد
تحقق الملك فيرجح جانب الجواز وعلى ان يجعل الثمن وذلك موجودا قال وكذا لو باع
عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري
درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ولانه نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون
اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما شيء من الثمن يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام
عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد
لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها
فيليق بالديون دون الاعيان قال ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع
والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل
وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء
على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن
بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الا ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها
والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل
الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح
الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث
والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها قال

ومن اشترى

ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر
ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره
جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب
وللتعامل جوزنا الاستصناع قال والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر
اليهود اذا لم يعرف المتعاقدان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع
لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة
قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز
لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة
وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انه
يحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع
لانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه
الاوقات حيث جاز لان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك
اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشروط الفاسدة ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا
باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع
وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح

الى اجل وتمامه ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد
لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين
ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة
وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل
يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة
بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة
الذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن
عند الثلثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد
كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد
بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف
ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لانه مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الحر
لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا
للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع
في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته
وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف
الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى
البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع

ولا بيعا بالحصة

ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه **فصل في احكامه**
واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما
مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به
نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا
باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله
فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام
والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة
الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا
يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة
اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض
في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد
خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط
ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد
استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا
وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته

حقيقة في ذوات القيم وما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض
فشابه المغصوب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل واحد
من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ
امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد
بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة
في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط
حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته
ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه
مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة
لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع
قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه
القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع
والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه
يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ
بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال
وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به
كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على

ورثته

ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها
لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها
لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رواه يعقوب
في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد
الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى
القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى
وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع
حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري
وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عنه وقد نص محمد على الاختلاف
في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف
قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب
للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث
في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم
يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة
ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث
انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة
هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا

والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة

[illegible]
[illegible]
فصل [illegible] **قال** [illegible]
[illegible] **قال** [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
قال [illegible]
[illegible] **قال** [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **قال** [illegible]
[illegible]
قال [illegible]
[illegible] **قال** [illegible]
[illegible] **قال**
[illegible]

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
قال [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
باب الوكالة [illegible]
[illegible]

أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول والأصل أن الإقالة فسخ
في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما إلا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند أبي حنيفة
وعند أبي يوسف هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فتبطل وعند
محمد هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن فتبطل لمحمد أن اللفظ
للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثرتي فتوفر عليه قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله
وهو البيع ألا ترى أنه بيع في حق الثالث ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال
بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة
وهذه أحكام البيع ولأبي حنيفة أن اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والأصل إعمال الألفاظ
في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لأنه ضده واللفظ
لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل
حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهما على غيرهما إذا ثبت هذا نقول
إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع ما لم يكن ثابتا
محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن
إثباتها في العقد فيتحقق الربا أما ههنا لا يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بينا
إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب وعندهما
في الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد جعله فسخا متعذر فإذا زاد كان
قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف لأنه هو الأصل عنده وعند محمد هو فسخ بالأقل

الأول لأنه يسكت عن بعض الثمن الأول ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخا
فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بينا ولو أقال بغير جنس
الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما
بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما
يكون بيعا والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد وكذا عند أبي يوسف
في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لإمكان البيع فإن بيع العقار
قبل القبض جائز عنده وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها لأن
رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فإن هلك بعض المبيع جازت
الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل
بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه
بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة
ماسة إلى هذا النوع من البيع لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل
الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان
مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح أن النبي عليه السلام لما أراد الهجرة
ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء فقال
النبي عليه السلام أما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لأنه

او لم يكن له ... بالعيب وهي مجهولة ... [illegible]

السفل او عقد بأجرة ... درهم او شيء من التبن ... جائز لانه لقدر على الوفاء ... [illegible]

وان باعه ... لا يجوز لانه باعه ... المال ... [illegible]

ويجوز ان ... الصبغ ... والاجرة ... [illegible]

لان العرف جار بالحاق ... في عرف التجار ... [illegible]

[illegible] ... الصبغ ... [illegible]

[illegible]

[illegible]

وان كان يتفاوت الربح ... [illegible]

[illegible]

قال ... [illegible]

[illegible]

قال ... [illegible]

[illegible]

قال ... [illegible]

بعشرة دراهم بالتصدق فاشترى الثوب بالعشرة وباعه من رجل بخمسة عشر يبيعه مرابحة
بالثمن عشرة ونصف لان بعد البيع وان يقضي بجوازه عنده بالعقد بحكم الربح خلافا فانه زعم انه
بالمشتري ماله بماله لانه مستفاد بولاية التصرف هو مقصود والانتفاع تبع اتفاقا
وهو مشتبه العدم الا يرى انه ويكون بعد البيع الاول من وجه فاعتبر الاشياء عدما في حق
بيعه مرابحة قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة
ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت
قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم
ينقصها الوطي وعن ابي يوسف في الفصل الاول انه لا يبيعه مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس
بفعله وهو قول الشافعي اما لو فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم
يبيعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وكذا اذا
وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه
قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى
يبين والتكسر بمنزلة ما يفعله قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة
ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى
انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين
وباع احدهما بثمنهما مرابحة والاقدام على المرابحة يوجب السلامة من مثل هذه الخيانة فاذا
ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن

قال فان كان

قال فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في
المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حال لما ذكرنا
وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد
وعلم بعد الانفاق وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع
بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه
لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه مرابحة ولا يبين لان الثمن حال قال ومن
ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه
البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل
العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق
قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم
يتم لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول
لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ
العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان
ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول
والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على
هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال ومن اشترى

كيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز
للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع
الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط
وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان
الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب
بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع
البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لانه
به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل
لا يكتفى به لظاهر الحديث لانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما
بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى
قال ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربا
وكالموزون فيما يروى عنه لانه لا يحل له الزيادة على المشروط والتصرف في الثمن
قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك
لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز
للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة
والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على
اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد

وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ
ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير
فصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان
وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق
وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية و
المرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي
في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت
فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة
يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال لا يخرج الثمن ان يكون بدلا
عن ملكه فيلتحق باصل العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما
صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا
فكذا مؤقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح
لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة
وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض
فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من
لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه

كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم
نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة
حيث يلزم من ثلث ماله ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة
الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى

باب الربوا

الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس **قال** رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية **قال** واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما

قوله إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه أي كالقطن والحديد والنحاس ونحوها وإن جمعهما الوزن قال شيخ الفقه فإن الوزن فيهما مختلف فإنه في النقود بالمثاقيل
والدراهم بالسنجات وفي الزعفران بالأمنان والقبان وهذا اختلاف في الصورة وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين بالتعيين
وآخر حكمي وهو أنه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وفي الزعفران وغيره يشترط إعادة الوزن فإذا اختلفا أي النقود ونحو الزعفران في الوزن
صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه ثم ضعف شيخ الفقه بهذه الفروق وقال إن الوجه أن يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالإجماع كيلا ينسد أكثر أبواب السلم وسائر
الموزونات غير النقد لا يجوز أن تسلم في الموزونات إن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن وزيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة إلا
في الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه
يدا بيد متساويا كان أو متفاضلا وإن كان أحدهما أثقل من الآخر إلا
من الذهب والفضة فإنه يجري فيهما الربا بالفضل وإن كانت لا تباع وزنا
لأن الوزن منصوص عليه فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن
بالعادة

لا يحرم النساء لأن بالقدر وحده لا يثبت إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل
غير مانع حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ولنا أن بالجنس أو بالقدر
أو الجنس بالقدر وحده إنما يوجب شبهة الفضل فيجب أن لا يحرم النساء وإن اتفقا
إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان
في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن
بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح
التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى
وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال
وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وإن ترك الناس الكيل فيه
مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون
أبدا مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى وما لم
ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف
على خلاف المنصوص عليه أيضا لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها
وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز
عندهما وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة إلا أنه
يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الإسلام في معلوم قال وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني
معناه ما يباع بالأواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا

بخلاف سائر المكاييل وإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله
لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على
جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة ها وها
يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين
ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد
ولأنه إذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا ولنا أنه مبيع
متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من
التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله
يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب القبض لا يعتبر
تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة
بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه لأن العلة عنده
الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت
أثمانا لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن
الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما
وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد إذ في
نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة

[illegible]

قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق يعني لا متساويا ولا متفاضلا لبقاء المجانسة من وجه اذ هما اجزاء الحنطة تفرقت الاجزاء وان كان الدقيق عين الحنطة الا ان الربا يبنى على الاحتياط فالشبهة فيه تعمل عمل الحقيقة وعند وجود حقيقة المجانسة لا يجوز بيع البعض بالبعض الا متساويا فكذا عند شبهتها ولا يدرى المساواة بعد الطحن في الكيل فصار كالمجازفة بينهما

قوله لقيام المجانسة من وجه لان ربا الفضل لا يثبت الا باعتبار المجانسة ولا مجانسة بين الحنطة والسويق صورة فتكون باعتبار المعنى وفي ضمنها الدقيق فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق كما تثبت بين السويق والحنطة باعتبار المعنى في الضمن [illegible]

قوله كالمقلية مع غير المقلية فانهما جنس واحد حتى لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية لوجود المجانسة في بعض المقاصد [illegible] لان معظم المقاصد باق والمصنف جمعهما في هذا الوجه لان لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية فان ذلك لا يجوز وان تساويا كيلا لان المقلية لا تمتلئ بالحبات في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالقلي وكذا العلكة بالمسوسة اعتبرا جنسا واحدا مع التفاوت بينهما فانه لو باع قفيز حنطة علكة بقفيز حنطة كلها مسوس يجوز مع علمنا بالتفاوت في المقدار لوجود المماثلة في القدر نهاية الكفاية

قوله ولا يمكن معرفة ثقله [illegible] لا يوزن عادة [illegible] حيوان لا يخف [illegible]

قوله مثلا بمثل [illegible] عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لحديث سعد بن ابي وقاص انه عليه السلام سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال عليه السلام اينقص اذا جف فقيل نعم قال فلا اذا اشار الى العلة وهو النقصان عند الجفاف كافي

قال

حين اهدي اليه رطب اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه
لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة
قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا
بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر
وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع
منهما او باليابس يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المماثلة في اعدل
الاحوال وهو المآل بعد الجفاف وهما يعتبرانه في الحال وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث
الا انه ترك هذا الاصل في الرطب بالتمر لما روينا ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين
الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد
وفي الرطب بالتمر مع احدهما على تلك الصفة فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه
وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه
فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث
يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد
صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة
ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما
في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لانه عند ذلك يعرى عن الربا

إذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له فالثجير و
بعض الدهن أو الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه
كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار
واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع قال ويجوز
بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الإبل والبقر والغنم فأما البقر و
الجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك ألبان البقر والغنم
وعن الشافعي أنها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب
أحدهما بالآخر في الزكاة فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل
بخل العنب للاختلاف بين أصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيرهما جنسين و
شعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم لأنها
مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة
والدقيق متفاضلا لأن الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل
وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت
الحنطة نسيئة جاز أيضا وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى وكذا
السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة لأنه يتفاوت بالخبز
والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزنا
ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك

لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فإن كان
عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء
فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي
في دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا
قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح في دارهم
فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله
صار محظورا بعقد الأمان

باب الحقوق

قال ومن اشترى منزلا فوقه
منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه
أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا
بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار يتناول العلو
لأنه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم
لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه
والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه
منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل
بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل مسكن يسمى خانه ولا يخلو
عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ولا يدخل الظلة إلا بذكر
ما ذكرنا عند أبي حنيفة لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما إن كان مفتحه في الدار

يدخل من غيره وكذا يسمى منزلا لانه [illegible] قال ومن
بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل
بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري
الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع
بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يبيعه من غيره فتحصل
الفائدة والله اعلم

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده
فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه
الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد
كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة
الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في
القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم
بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم
بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني
عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع
لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية
فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف انه لا يرجع في البيع ايضا لان الرجوع بالمعاوضة

او بالكفالة

او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال
ارتهني فاني عبد وهي المسالة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره و
اقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر
رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة
فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة
بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال
فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور ونظيره
مسالتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر
الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسالة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى
شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل
فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام [illegible] وقيل هو شرط
لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع
لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلاق الثلاث قبل الخلع والمكاتب
يقيم البينة على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه
الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان
يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء
رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل

ومالك المستحق على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي

الى المنازعة **باب بيع الفضولي قال** ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك

بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية

شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا

انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع

تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه

عن الالغاء وفيه نفع المشتري فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن

ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع **قال** وله الاجازة اذا كان المعقود عليه

باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام

المعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة

اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه

معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا

كان باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض مملوكا للفضولي

وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف

على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث

لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف

اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة

قوله لانه شراء ان البيع بالعرض شراء والشراء لا يتوقف على اجازة من اشتري له لان الاصل

في التصرف النفاذ والتوقف للضرورة ولان الاصل في تصرف الانسان ان يكون واقعا عن نفسه

قوله في الفصلين اي فيما اذا كان دينا او عينا قوله فلا يجوز او الاجازة عبارة عن اختيار العقد والاختيار لا يحتمل النقل لانه لا يتصور في الاعراض ... الكفاية

لان الشك

لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك **قال** ومن غصب عبدا

فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم

والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه

والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان

ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب

فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح

اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف

مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ

بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة

بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف الغاصب لان الغصب غير

موضوع لافادة الملك بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران

الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة

يثبت للبائع ملك بات واذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى

الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح **قال** فان قطعت

يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين

ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش

كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى وكذا إذا قطعت
يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري بخلاف الإعتاق على ما مر
ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فإن باعه
المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرر الانفساخ
على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به بخلاف الإعتاق عندهما لأنه
لا يؤثر فيه الغرر قال فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة
من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل
للمشتري عند القتل حتى يعد باقيا بقيام خلفه لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل
فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لأن الملك للمشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون
المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على إقرار البائع
أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى إذ الإقدام
على الشراء إقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وإن أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع
إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار قال رحمه الله وذكر في
الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل
وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع
بالثمن أن لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار رجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن
البائع عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد

البائع

البائع ونحوه مسألة بيع العقار وقد بيناها في الغصب والله أعلم

باب السلم

قال رحمه الله السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما
أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين
آمنوا إذا تداينتم بدين الآية وبالسنة وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان
ورخص في السلم والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس أنه بيع
المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام
من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والمراد بالموزونات
غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما
ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا للمقصود بقدر الإمكان
والعبرة في العقود للمعاني والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن
ذلك وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها
لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض
لأن العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه
والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لأنه يتفاوت
آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن أبي حنيفة
أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا
وقال زفر لا يجوز كيلا لأنه عددي وليس بمكيل وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت

ولنا ان المقدار يعرف مرة بالعدد وتارة يعرف بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح
فيصير معدودا كيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما
ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوانات وقال الشافعي يجوز لانه يصير معلوما
ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه
بعد ما ذكر الاوصاف يبقى التفاوت فاحشا في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى
المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على
منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى
العصافير **قال** ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي
متفاوت لا مقدر لها **قال** ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا
للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز
اذا كان على وجه لا يتفاوت **قال** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين
العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس
او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود
القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة
على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد
المحل قبل ان يوفي فالمسلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطاري

على شرف الزوال

على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض **قال** ويجوز السلم في السمك المالح
وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو
غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت والاصح ان السلم في السمك الطري لا يجوز الا في
حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع
يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منها
وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده **قال** ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة وقالا
اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه
لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته
او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع
العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم
فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف
فلا يكتفى به **قال** ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث وهو
قوله عليه السلام ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع
رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا
على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي **قال** ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة
فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم

والأول أصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه إذا
لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر
من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فإن كان
مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز لأنه يفضي إلى المنازعة إلا في قرب الماء
للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف قال ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لأنه
قد يعتريه آفة فلا تقدر على التسليم وإليه أشار النبي عليه السلام حيث قال أرأيت لو أذهب الله
الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه السلم ولو كانت النسبة إلى القرية لبيان الصفة لا بأس به
على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يجوز السلم عند أبي حنيفة إلا
بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة أو شعير ونوع معلوم كقولنا سقية أو بخسية
وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف
وكذا وزنا وأجل معلوم والأصل فيه ما رويناه والفقه فيه ما بيناه ومعرفة مقدار رأس
المال إذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان
الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان
معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسألتان ولهما في
الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب ولأبي حنيفة
أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم
بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد

كالمحقق

كالمحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف
لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس المال كل واحد
أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود
العقد الموجب للتسليم فيه ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الإمكان
في الأوامر وصار كالقرض والغصب ولأبي حنيفة أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين
مكان العقد بخلاف القرض والغصب وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة لأن
قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا
قال من قال من المشايخ إن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل
على عكسه لأن تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الأجرة والثمن والقسمة
وصورتها إذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط
ذلك في الثمن والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما
يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه
إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع لأنه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه
قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الإجارات أنه يوفيه في أي
مكان شاء وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل
لا يتعين لأنه لا يفيد وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل
ومؤنة يكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض

رأس المال يكون افتراقا عن دين بدين
وقد نهى النبي عم عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل
اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم
ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا
انه لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه
مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف
خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال
قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في
قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء
والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه
ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد
لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد
رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين
في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع
فينعقد صحيحا **قال** ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما
الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع
والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه

فان تقايلا

وان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله
لقوله عم لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع
فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن
جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه
لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر وحجته عليه ما ذكرنا **قال** ومن اسلم
في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء
لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز
لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عم عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن
قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه
في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما و
كان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة
فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان بكيل واحد **قال**
ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب
لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين
دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملكه فيها فصار كما
لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كان

الهلاك مشتراه ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان الامر صحيح حيث صار دينا [illegible]
لانه ملك العين بالبيع الاول ان لو امره بالطحن كان الطحين للمسلم اليه [illegible]
الى ان يصح الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر [illegible] كان هالكا من مال المسلم اليه
[illegible] المشتري [illegible] ولو اكتفى بذلك الكيل [illegible] الصحيح
لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره [illegible]
في غرائر البائع [illegible] لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها [illegible]
في بيته فكذا ما يقع فيه [illegible] كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع
لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين [illegible]
ان بدأ بالعين صار قابضا [illegible] العين [illegible] القابض [illegible]
[illegible]
[illegible]
على عدم صحة الامر [illegible] خلافا [illegible]
البيع [illegible] لجواز ان يكون مراده [illegible] العين [illegible]
[illegible] البيع [illegible] الخلط [illegible]
قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري
فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد
وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه

وإذا جاز [illegible]

وإذا جاز [illegible] اذا ثبت انتهاؤه [illegible] الا [illegible] الاقالة [illegible] العقد
في السلم [illegible] الجارية [illegible] رد [illegible] قال ولو اشترى
جارية بالف [illegible] ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة [illegible] الهلاك بعد موتها فالاقالة
باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة
ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد
هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة
فقال المسلم اليه شرطت رديئا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه [illegible]
رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه [illegible] العادة [illegible]
[illegible] بكون القول لرب السلم عند [illegible] الصحة [illegible]
القول للمسلم اليه لانه منكر [illegible] الصحة [illegible] ولو قال المسلم اليه
لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت
في انكاره حقا له وهو الاجل [illegible] الاجل [illegible]
النفع في رد [illegible] الخلاف [illegible] الوصف [illegible] القول لرب السلم عنده [illegible]
[illegible] القول قوله وان انكر الصحة [illegible]
[illegible] القول [illegible]
[illegible] القول [illegible] اتفقا [illegible]
[illegible] الخلاف [illegible]

يبقى مجرد دعوى الاستحقاق إلى أن السلم لا يلزم بعقد الأجل إلى من خرج كلامه الفتيا

ما يقول صاحبه بالاتفاق وإن أخرج خصومته بعد الاتفاق بعد العقد واحد منهما

لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة **قال** ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولا

وعرضا ورقعة لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وإن كان ثوب حرير لا بد

من بيان وزنه أيضا لأنه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لأن آحادها

تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن

ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا اشترط فيه ملبنا معلوما لأنه عددي متقارب لا سيما إذا

سمي الملبن **قال** وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لأنه لا يفضي إلى

المنازعة وما لا يمكن ضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لأنه دين وبدون

الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين

أو نحو ذلك إذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وإن كان لا يعرف فلا خير فيه لأنه دين مجهول

قال وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا للإجماع الثابت بالتعامل وفي القياس

لا يجوز لأنه بيع المعدوم والصحيح أنه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه

العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ولا

يتعين إلا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح **قال** وهو

بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط

وهو الأصح وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم

وقف

40

وغيره وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن

في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب

لعدم المجوز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم وإنما قال بغير أجل

لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه

يصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل

على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولأبي حنيفة أنه دين

يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان

الحمل على السلم أولى **مسائل منثورة** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم

في ذلك سواء وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به وقال الشافعي

لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولأنه نجس العين وفي سنة

نجسة ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلاب إلا كلب صيد أو ماشية ولأنه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز

بيعه بخلاف الهوام المؤذية لأنه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين

ولو سلم فيحرم التناول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام إن الذي حرم

شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ولأنه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه **قال** وأهل الذمة في

البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على

المسلمين ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين **قال** إلا في الخمر والخنزير خاصة فإن عقدهم

على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال
في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها
وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن
لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن
جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع
الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان
زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها
المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال
ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب
الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته
فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعيب حكمي فيعتبر
بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك
الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة انه باعه اياه فان
كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون
البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري
ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه بيع في حقه

كالراهن

كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف ما بعد القبض لان البائع
بطل حقه وان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه
فاذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين
غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه قبضا فلا يقبضه ولهما انه مضطر
لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي
شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى
ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية
بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل
واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب
والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما
فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه
زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد
مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كما هو في الاصل ولا يمكن رعايته
بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من
جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة
ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له

قال ولو [illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
وكذا [illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
والدراهم في ثمن [illegible] ... [illegible]
[illegible] كالمتخلّلات منه والتراب المجتمع [illegible]

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان سمّي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد والصرف هو النقل والرد لغة أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فإن باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل وإن اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا

للشبهة

للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وإن وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض فيه قال وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء قال وإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن بأحدهما لا يتحقق القبض المستحق وبالآخر يفوت القبض المستحق إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الأولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كون كل واحد منهما مبيعا أن يكون ثمنا ليجوز قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لأن المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق واجب

في المجلس تلويه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب لذلك لو اشتراها بالفي مثقال
الفائت والمعانقة اي النقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية
والمباشرة الا وحظ الجواز فهو النظر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون
ودفع من ثمنه خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك وكذا لو
قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج
منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل على نظام حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل
العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه
بدون ضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز
البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا
اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع
للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا
وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه
صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق
فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان
الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له
لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل
كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة

وكري شعير

وكري شعير له انه في صرف الجنس الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الكل بالكل ومن قضيته
الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى
قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا
اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى
بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك
احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم
وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لطلب الجواز
ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه
تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار
هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه
بخلاف ما عد من المسائل لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسألة الثانية
غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر
وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء
وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز
البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما
روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما ولو
تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة

بالفلوس لأنها مال معلوم فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تتعين لأنها أثمان
بالاصطلاح وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها
وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي
بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أبي حنيفة يجب عليه مثلها لأنه إعارة وموجبه رد
العين معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف
الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف
يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع
وقول محمد أنظر للجانبين وقول أبي يوسف أيسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم
فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط
فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وأنها تقدر بالعدد
لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم
من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس
أو بدرهمين فلوس فكذا عند أبي يوسف لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد
لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة
بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول
أبي يوسف أصح لا سيما في ديارنا قال ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا
وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لأن بيع نصف درهم بالفلوس

جائز وبيع

45

جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل
في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد قررناه ولو كرر لفظ الإعطاء
كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا
إلا حبة جاز لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة
فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي بعض
النسخ المختصر [illegible] أعطني بنصفه فلوسا والله أعلم

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة
في المطالبة وقيل في الدين والأول أصح قال الكفالة ضربان الكفالة بالنفس والكفالة بالمال
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لأنه كفل
بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له
ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة
بنوعيه ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه أو يستعين
بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه
قال وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا
ببدنه وبوجهه لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفا على ما مر في الطلاق وكذا
إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر
بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما

ثم البدل عند الاصح احتمالا للطلاق ... العدم الصحيح وكذا لو اداها يحتمل انه لو

موصوفا وفي ... لانه ... الالتزام ... ومن ... الطالب ...

مطالبه ... ومن ترك ... وكذا لو ... انه ... او قبض ...

الا علمه ... الكفالة ... التسليم ... الكفيل فلما حضر ...

اما ... لانه التزم ... المطالبة قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به

في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت ... فان احضره والا

حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما دري لماذا يدعى

ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق

الامتناع عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه

فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا

لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا تكفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ

لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الحضور

وكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل

المقصود وكذا اذا سلمه في سواد ... الحكم فيه ... وان سلمه في مصر اخر غير المصر الذي

كفل فيه برئ عند ابي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما

عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل

بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار

لانه لا يقدر على المحاكمة

46

عن الاصيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح

لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال قال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل

فان لم يكن فللوارث لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعت

اليك فانا بري فدفعه اليه فهو بري لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه

ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه

مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه

قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف

فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة و

هذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه

بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه وكل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا يصح لانه

تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا ان الكفالة تشبه البيع وتشبه النذر

من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط

متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف قال ومن كفل بنفس رجل وقال

ان لم اواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة

قال ومن ادعى على اخر مائة دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف

به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى

تكفل به ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه

[illegible]

قال [illegible]

قال [illegible]

قال [illegible]

[illegible]

قال [illegible]

قال [illegible]

قال [illegible]

[illegible]

ما لك عليه فقامت البينة عليه بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة
فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به
لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير
ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه
وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع
للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل
بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه
لانه متبرع باداءه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه
رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث
وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما
ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء بخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف
على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه
بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء
لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية وان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه
وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله قال واذا ابرأ الطالب المكفول عنه
او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح
وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا

اذا اخر

اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الاصل
لان التأخير ابراء مؤقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى
شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل
داخلا فيه اما هاهنا فبخلافه قال فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد
برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل
فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء
الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح
على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة
لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا
قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي
ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء
فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك
بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه
والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه
اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا
اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان

عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد
الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح
الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه
عليه لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين
كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تجز لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن
والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة
بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره
كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة
والشركة قال ولو تكفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم المرهون بعد قبض المرتهن او
تسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استأجر دابة للحمل عليها
فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت
الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبدا للخدمة
وتكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له
في مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اخرا يجوز اذا بلغه فاجاز ولم
يشترط الاجازة في بعض النسخ والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام
فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرنا في الفضولي في النكاح
ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجب يقوم بالعاقدين

بكفيله

... فتكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا
... قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام
الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح
بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار
كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات
الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة وقالا تصح
لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام
الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او مال وله انه كفل بدين ساقط
لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل
وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين
واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل
بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه
تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل
زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع
على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه
ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد
لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء

فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل الاصيل قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه
ملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع
قال ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه
قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة
في رواية الجامع الصغير وقالا هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه
يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث
مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء
الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث لعمل فيما يتعين فيكون سبيله
التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب
لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل
فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان
يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة
في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين
الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا
ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير
غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري
وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه هو العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له

او قضى

50

او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على
المكفول عنه الف درهم لم يقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظ القضاء
ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض
اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك فكان الدعوى مطلقا عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة
ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل والمكفول عنه
وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق
بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء
ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر
واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره
لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة
بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره
ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم
لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته
وان لم تكن مشروطة فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري اذ لا يرغب فيه دون الكفالة
فنزل منزلة الاقرار بملك البائع ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة
لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك
وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك

وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة
على اقرار المتعاقدين **فصل في الضمان قال** ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن
او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة واليهما الاستيفاء فيصير
كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه
كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما
لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه
خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لانه لا شركة
الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبضه اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال ومن ضمن عن
آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها
مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بالوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق
ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى
وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا
ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي
النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد
بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال
المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له
حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير

المطالبة

المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة
بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول
من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان
مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني
والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل
حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له
بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان
البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وموضوعه اول الزيادات في ترتيب الاصل
قال ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة
قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك
وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها قبل البيان بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا
ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه
وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح **باب كفالة الرجلين**
واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل ضامن عن الآخر كما اذا اشترى عبدا بالف درهم
فما اداه احدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع
بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين
ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع

عن الاول وهو اداء لا معارض له فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه
فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور قال واذا
كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما
رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل
عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها
التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه
واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف
ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل
برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه
احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال
بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب
براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا ولهذا يأخذه به قال
واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين لان
كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي
اكثر من النصف لما مر في الوجه الاول في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة
وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد
جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما

معلقا بادائه

معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا
عرف ذلك فما اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة
ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن
النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط
ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما
احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا ينتصف و
للمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة
فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ
الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه
لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض
بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه
متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا
الكفيل لقيامه مقامه ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ
الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل
فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رده على وجه
يخلفه قيمته وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل

بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه
فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان
لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما الكفالة عنه
فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال
ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه
فلا ينقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة
حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن
اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل
السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

جائزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه
فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين
قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي
ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا
لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام
الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا
لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر لا يبرأ
اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس

والدين

والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق
المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملأ والاحسن قضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد
المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولا يرجع المحتال على المحيل
الا ان يتوى حقه وقال الشافعي لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود
الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفوات
ثمرته فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين
اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد
وهو التوى حقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته
وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال
واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل
قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل
يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك
لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال
يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال
ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان
هلكت برئ المودع لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب
لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة

في يده بجملته ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبته به فيأخذه منه
بطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة
باخذ ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر
الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة
ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما
من باب الولاية فكل من كان من اهل الشهادة يكون من اهل القضاء وما يشترط لاهلية
الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان
يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان
القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه
مشايخنا وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل
ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل
يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح
لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذار النسبة الى الخطأ واما الثاني فالصحيح ان اهلية
الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي وهو يقول ان الامر

بالقضاء

بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي
بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان
يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه
فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه
وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له
معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة
يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء
لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية
لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه
كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء
فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة
فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان
هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم
عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل
الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه
يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من
معاوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا

إلا إذا كان لا يليه من القضاء لحق لأن بعض الأحيان المقلد بخلاف ما إذا كان يليه

قال ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات
وغيرها لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم
إن كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لأنهم وضعوها
في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى وكذا إذا كان من مال القاضي هو الصحيح لأنه اتخذه تدينا لا تمولا
ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل
نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام قال
وينظر في حال المحبوسين لأنه نصب ناظرا فمن اعترف بحق ألزمه إياه لأن الإقرار ملزم ومن أنكر
لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما
إذا كان على فعل نفسه فإن لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في أمره لأن
فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير وينظر في الودائع
وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده لأن كل ذلك حجة ولا
يقبل قول المعزول لما بينا إلا أن يعترف الذي هي في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها
لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي فيصح إقرار القاضي كأنه في يده في الحال إلا إذا بدأ
بالإقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي إليه والقاضي يقول هو لغيره فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه
ويضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا
في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وقال

الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي
ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله عليه السلام
يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم كانوا يجلسون في المساجد لفصل
الخصومات ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده
لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث
من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به
ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة
قال ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم منه أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته
لأن الأول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه
حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت
له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة
لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد
أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها
قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم
على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه لأن النبي عليه السلام
نهى عن ذلك ولأن فيه تهمة قال وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال لقوله عليه السلام
إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يسار أحدهما

ولا يلقنه حجة للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما
لأنه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء **قال** ويكره
تلقين الشاهد ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين
الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة
المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل **فصل في الحبس قال**
وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس
جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول
الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت
بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره **قال** فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به
وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه والمراد
بالمهر معجله دون مؤجله **قال** ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت
غريمه أن له مالا فيحبسه لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي
إثبات غناه ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ويروى أن
القول له إلا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر وفي إعتاق العبد المشترك القول
للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الأخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين
مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عنده ضمان الإعتاق

ثم فيما كان

ثم فيما كان القول قول المدعي إن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول
من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وإنما يحبسه
مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره
بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر والصحيح أن
التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه **قال** فإن لم يظهر له مال
خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لأنه استحق النظرة إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما
ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية
عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة
وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى **قال** وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي
بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسرا أبد حبسه وإن كان معسرا خلى سبيله ومراده
إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه
فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس الوالد
في دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص **قال** إلا
إذا امتنع من الإنفاق عليه لأن فيه إحياء لولده ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان
كتاب القاضي إلى القاضي قال ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا
شهد به عنده للحاجة على ما نبين فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه
وهو المدعو سجلا وإن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لأن القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة

لم يحكم بها للشهود له بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة
ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه
الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته
الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة
الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف
فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف انه يقبل
في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في
موضعه وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون **قال** ولا يقبل الكتاب
الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة
تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف
رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية **قال**
ويجب ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه
بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب
والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير
مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط
ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك
لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة قول ابي يوسف **قال** واذا وصل الكتاب

الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع
القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم **قال** واذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا
انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم
والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه
قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح ان القاضي يفك الكتاب بعد ثبوت
العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة
بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل
او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب اليه لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا
ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا
اذا كتب الى فلان بن فلان القاضي وكذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان
غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه
مشايخنا لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب
القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة
على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما **فصل آخر** **قال**
ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس
للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دونه
فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فلا بد

للامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني
فاجازه الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه
يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم
امضاه الا ان يخالف الكتاب والسنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي
الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه
والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول
وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا
لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ
انه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطا عنده وعليه الفتوى
ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور
لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال
وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة وكذا اذا قضى باحلال
وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ
بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم
مقامه وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع
المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم
فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار

وقت القضا

وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل
او نائبا بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي
على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا
لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال
ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال
محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية
على انفسهما فيصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي
فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف
والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم
يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد
من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا
رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك
الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود
والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود
والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج

الى خصم الموتى ودعوى النجاسر العوام وان حلف [illegible] ما ادعيته على العاقلة لم

يقض حتى لا لسلامة [illegible] عليهم او لانكم حجتهم [illegible] على القاضي في ماله ما ادعيته

الصحة [illegible] ما ادعيته على العاقلة لانه مخالف [illegible] الا اذا ثبت العتق بالاقرار

لان العاقلة لا تعقل [illegible] البينة [illegible] بالنكول وكذا ما لا اقرار لا يحكم موافق

للشرع [illegible] باقرار احد الخصمين او بعد الشهود [illegible] على الحكم [illegible] القبول

لان الولاية [illegible] وان [illegible] بالحكم لا يعتق [illegible] الولاية وحكم [illegible] الابوين وولده

وزوجته [illegible] والحكم [illegible] لانه لا يقبل شهادته [illegible]

فقد [illegible] لا يقبل [illegible] بخلاف ما اذا حكم عليهم لا يقبل شهادته عليهم لا [illegible]

وكذلك [illegible] رجلين [illegible] الى *مسائل*

شتى من كتاب القضاء [illegible] صاحب السفل ان يتد فيه

وتدا ولا ينقب كوة [illegible] بغير رضا صاحب العلو [illegible]

[illegible] صاحب العلو [illegible] عنها [illegible]

[illegible] الاباحة لان التصرف [illegible] ذلك [illegible] الاطلاق [illegible]

[illegible] الضرر [illegible] المنع [illegible] التصرف في محل [illegible]

للغير [illegible] الاطلاق [illegible] المنع [illegible]

[illegible] ضرر العلو [illegible] *قال* واذا كانت زائغة مستطيلة

ينشعب منها زائغة مستطيلة لم ينفذ فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى

لان محله

59

لا يصح [illegible] ولا حق لهم في المرور [illegible] خصوصا [illegible] الا [illegible]

في [illegible] بخلاف [illegible] لان [illegible] المرور [illegible] المنع [illegible] المرور [illegible]

[illegible] والاصح ان المنع [illegible] لا يصح لان [illegible] المنع [illegible] المرور [illegible]

[illegible] في القصوى بتركيب الباب *قال* وان [illegible]

[illegible] ان [illegible] الكل [illegible] مشتركة

[illegible] في الشفعة [illegible] *قال* ومن ادعى دارا

[illegible] الذي في يده ثم صالحه [illegible] وهي مسئلة الصلح على الانكار [illegible]

في الصلح [illegible] وان كان مجهولا [illegible] الصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا

لانه [illegible] المنازعة على ما عرف *قال* ومن ادعى دارا

[illegible] وهب له [illegible] فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه [illegible]

البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته [illegible]

[illegible] الشراء بعد الهبة [illegible] يشهدون [illegible] بعد [illegible]

[illegible] ولو كان ادعى الهبة [illegible] البينة على الشراء [illegible] البينة [illegible]

[illegible] لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك [illegible]

[illegible] بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة [illegible]

ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها

لان [illegible] من جهته [illegible] ثبت به [illegible] الجاحد [illegible]

لخصومة ثم الصلح ويحمل العوض بان كان لا يثبت الصلح وقد اعترف بالفضل [illegible]
ابتاع المحاربة وتعليلها او ما يعاينه ولانه لما تعذر تصحيحه بيعا بحمله على الاسقاط تصحيحا
ليستفيد تصحيحه ومما ذكرنا انه ينبغي ان يقال ان ادعى الف درهم ثم ادعى انها زيوف صدق
بعض من صحح التنقيح وهو عبارة عن [illegible] ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها
معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز [illegible] لا يكتفي بالجياد فيصدق لانه
ينفي حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الحق او استوفى منه لاقراره
بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق ولذا صح كلا زيوف [illegible] الا بعد
لانه ليس من جنس [illegible] الدراهم حتى لو تجوز به [illegible] الا كره [illegible] حال
والنبهرجة [illegible] ما يغلب عليه الغش [illegible] لا يحل [illegible] الف درهم [illegible]
[illegible] شيء [illegible] الف درهم [illegible] لان [illegible]
الاول [illegible] ودعوى [illegible] او الصلح [illegible] بخلاف ما اذا [illegible]
[illegible] لان احد العاقدين لا [illegible] الا [illegible] العقود [illegible]
حتى [illegible] قال ومن [illegible]
[illegible] لكل شيء [illegible] المدعي البينة على الف [illegible]
البينة على القضاء [illegible] وكذا [illegible] الابراء [illegible] القضاء [illegible]
الوجوب وقد [illegible] التوفيق [illegible] الا [illegible]
الا [illegible] بيان [illegible] شيء [illegible] وكذا [illegible]

لان التوفيق [illegible] لو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء
وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء
ومعاملة بدون المعرفة [illegible] انه تقبل [illegible] لان المحتجب والمخدرة قد يؤذي
بالشغب على بابه [illegible] وكذا [illegible] ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان
التوفيق [illegible] اعترافه [illegible] فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة
على الشراء [illegible] البينة [illegible]
بينة [illegible] القبول اعتبارا [illegible] البراءة [illegible]
للعقد [illegible] وقد [illegible]
[illegible] لانه [illegible] وان كان [illegible] قال [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الاصل [illegible] الكلام [illegible]
[illegible]
[illegible] فصل في الصلح [illegible]
[illegible] قال [illegible] بعد موته [illegible]
[illegible]

[illegible]

قال [illegible]

[illegible]

قال [illegible]

[illegible]

قال [illegible]

[illegible]

لا يوجد التفصيل لان الابن اخذ حصته والقاضي اي نفذ القضاء [illegible] اذا

حضر الغائب [illegible] الى اعادة البينة وسلم النصف له [illegible]

الورثة [illegible] خصما عن الغائبين [illegible] وما كان [illegible]

وعليه انما هو الميت [illegible] واحد من الورثة [illegible] عنه في ذلك [illegible]

[illegible] لان [illegible] لا يصلح [illegible] وهذا لا يستوفي [illegible] اذا

كانت البينة [illegible] الميت [illegible] استحقاق الكل على احد الورثة [illegible]

ذكره في الجامع لانه لا [illegible] في البد [illegible] على ما [illegible]

في ساكن صدقة [illegible] الزكوة وان اوصى [illegible] ماله [illegible] على [illegible]

ان [illegible] يتصدق بالكل [illegible] وجه الاستحسان [illegible]

[illegible] تعتبر [illegible] الحالة [illegible] وجب [illegible] الصدقة في المال

اما الوصية [illegible] الميراث لانها [illegible] ولان [illegible]

من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية [illegible]

الارض [illegible] الصدقة [illegible] الصدقة [illegible]

[illegible] لانه [illegible] الموت [illegible]

لانه [illegible] الموت [illegible] صدقة [illegible] كل ماله [illegible]

[illegible] الشرع [illegible] المال [illegible]

[illegible] لان [illegible] على [illegible]

سوى ما هنا

62

سوى ما دخل تحت الايجاب [illegible] ثم [illegible]

[illegible] لان [illegible] احوال [illegible]

[illegible] صاحب [illegible] وصاحب [illegible] التفاوت [illegible]

[illegible] المال [illegible] صاحب التجارة [illegible] **قال** [illegible]

[illegible] الوصية [illegible] التركة [illegible] والبيع جائز [illegible]

على الوكيل حتى يعلم [illegible] ابو يوسف [illegible] الوصاية [illegible]

بعد الموت [illegible] الوكالة [illegible] الوصي [illegible]

[illegible] الامانة [illegible] على العلم [illegible] الورثة [illegible]

[illegible] الموت [illegible] على العلم [illegible] الوكالة لانه [illegible]

لا يفوت [illegible] الموكل [illegible] الموصي [illegible]

[illegible] **قال** ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد

[illegible] رجل عدل [illegible]

[illegible]

[illegible] الموكل [illegible]

[illegible] الامر [illegible] الخلاف [illegible] والتشفيع [illegible]

[illegible] المال [illegible]

[illegible] لانه [illegible] مقام الامام [illegible]

ضمان لئلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء
لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا
عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض
وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه
فصار كما اذا باعه بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت
مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه
في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد
عاملا له **فصل آخر** واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع
فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ
بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية
لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي
للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة
اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ان كان عدلا عالما
يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه
والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ
والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها
عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك

في حق

في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك
وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ
القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين
على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء
ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعل قبل
التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية
للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو
اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول
في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله
في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه
المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه
لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا
طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة
ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر
الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة
الحد والتوقي عن الهتك قال والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان
خيرا لك

قال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء
عن النبي عليه السلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر إلا أنه يجب أن يشهد بالمال
في السرقة فيقول أخذ إحياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولأنه لو
ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه قال والشهادة
على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين
الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء
ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين
من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها
مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود
والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها
شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو
رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية
ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها لأن
الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح
للإمارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها
قبلت في الأموال ضرورة والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر
وجودا ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والأداء

إذ بالأول

إذ بالأول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا
يقبل إخبارها في الأخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها
فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت
مع الشبهات وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل
في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة
لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه والجمع المحلى بالألف واللام يراد به
الجنس فيتناول الأقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع ولأنه إنما سقطت الذكورة
ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المثنى والثلاث
أحوط لما فيه من معنى الإلزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق وأما حكم البكارة
فإن شهدت أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة
أصل وكذا في رد المبيعة إذا اشتراها بشرط البكارة فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع
لينضم نكوله إلى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف
البائع وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة في حق الإرث لأنه مما
يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة لأنه من أمور الدين وعندهما تقبل في حق الإرث أيضا لأنه
صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال
ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال
أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته أما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم

فلقوله تعالى ممن ترضون

ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف
ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع
عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة تعرف
في ما تقدم واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها
زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه
اللفظة اشد وقوله في ذلك اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة
الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من الالزام
حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم
على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال حتى يطعن الخصم فيهم لقوله عم المسلمون عدول بعضهم
على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك يروى عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار
عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه
يسال عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة
فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسال عنهم في السر والعلانية لانه تقابل الظاهران
فيسال طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية في سائر
الحقوق لان القضاء مبنيه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون
قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم
التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك

عن حال الشهود

في السر

في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل و
الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول
ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية
بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل
وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول من رأى
ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه يريد الخصم
وعن محمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكيته الى تزكية اخر لان العدد عنده شرط
ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم يكذب في انكاره مبطل في اصراره
فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او
نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا
كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي
الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء
يبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط
الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة
ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة
في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد

بالاجماع على ما قاله المتقدمون لاختصاصها بمجلس القضاء وقالوا يشترط الاداء عند من شهود ... واعادة ح وعندهما **فصل فيما يتحمله الشاهد على ضربين** احدهما
ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او
رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن
في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت
مثل الشمس فاشهد والا فدع **قال** ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب
ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة
فلم يحصل العلم الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب
وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة
ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء
لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها
وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو
سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره **قال**
ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط
فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق
وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو
تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره

وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن
وانت **قال** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح
والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به
والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع
وجه الاستحسان ان هذه امور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام
تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام
بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او
باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان
ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله
غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك
النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل
شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك يطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا
ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه
قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط
الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره **قال** ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته
فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار
التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد انه

يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتني على زوال الملك
ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة في اصله
دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد
والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع
الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه
انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وقال الشافعي دليل الملك
اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا والتصرف
يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم المسألة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا
عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما
او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك
لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران
لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء
لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة انه يحل له
ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم فصل في من يقبل
شهادته ومن لا يقبل قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة
تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي
يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير

مؤوف

مؤوف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى
التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة
يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص
ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت
القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا
او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان
الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال
ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام
الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق
وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب
قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى
لكن قال ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان
ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم عتق لانه لا شهادة
للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده و
ولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة
الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد
لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة

قال ولا تقبل شهادة الاجير لمن استاجره ... العمه ... وجه ... شهادة ... الا الاجير

رضو عليه والمراد بالاجير هاهنا قال ابو الليث هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه

نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة

او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها قال

ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة

والايدي متميزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته

ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة

وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية

له عليه قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد

دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا

ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو

شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه

لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض

قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي

في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية

لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا

مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه قال ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه

قد يقف

قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور

وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من يأتي بابا

من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة

حرام او يأكل الربا او يقامر بالنرد والشطرنج فكل ذلك من الكبائر وكذلك

من تفوته الصلاة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة

لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل الربا مشهورا به لان

الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة

كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروءة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك

لا يمتنع عن الكذب فيتهم قال ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من

يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه

الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث

او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث

التعاطي في ضرورة لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق

اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون

الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم

على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى

والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد

ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية
على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع
لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له
وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه
يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول **قال** ولا تقبل
شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا
وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة
المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم
والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي
لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن **قال** وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن
يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية وهذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة
اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية
لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه
الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق **قال** وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل
بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا والخصي لان عمر رضي الله عنه
قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده **قال** وولد الزنا
لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون

غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل **قال** وشهادة
الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **قال** وشهادة العمال
جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا
اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل
شهادته كما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة
ولمهابته لا يستأجر على الشهادة **قال** واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى
فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز
وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت دين او للميت
عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة
للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا
والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء
فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما
عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي
فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان
لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما
واذا شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكره
لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما

و هو غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك
لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه
هتك الستر والستر واجب الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل
تحت الحكم قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل
لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان
المدعى عليه اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم
ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم
يثبت بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان
لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو
اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او
شريك المدعي تقبل قال ولو شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان
عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق علي ذكره
او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان
العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد
وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان
المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا
اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا

لم يكن فلا باس

والاشاعة حرام انما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا

لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى
ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي يوسف انه يقبل قوله
في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه باب الاختلاف في الشهادة قال الشهادة
اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق
العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها
قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد احدهما
بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي
يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث
لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون
ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف وخمسمائة ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا
وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين
بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف
جنس المال قال وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا
وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى
لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول
ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر
لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي

فان خالفتها فقد كذبها والدعوى اذا كذبها وجودها كعدمها نهاية

الالف فشهادة الذي شهد بالالف وخمسمائة باطلة لانه كذب المدعي في المشهود به
وكذا اذا سكت الا عن دعوى الاصل لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال
كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه
قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما
بالالف ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف
انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه
ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه
قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض
الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه
وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رح
لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض
ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهدا شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران
انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة
بيقين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى
لم تقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا
شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال الآخر
ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف

في لونين

في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف
في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة
وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان
التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان في واحد فيكون
السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب
لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد وكذا
الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف
وشهد آخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد
ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب
احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين
او اكثرهما لما بينا وكذا الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر
وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذلك الخلع
والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود
اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من جانب الآخر فهو بمنزلة دعوى
الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي
الدعوى في الدين والرهن اذا كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن
فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المدعي هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين

وفي الاجارة ان كان وقته في اول المدة يحمل على النظر السبع وان لم يكن تعذر مضي المدة و
والمدعي هو الاجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا
وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع
قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين اثبات السبب فاشبه البيع
ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف
فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي
دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما
اذا كان الزوج هو المدعي اجماع على انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده
ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهو الاصح والوجه ما ذكرناه

في الشهادة على الارث قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او
اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت
الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد
في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة
على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام الملك للمورث وقت الموت
لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد
في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل

وان شهد

وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي
عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة اذا صارت مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة
على قيام ملكه وقت الموت فان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل
وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا
هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول
لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف
الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان
يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه
دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر
انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

على الشهادة قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان
لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز
الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت
الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال الكذب وقد امكن الاحتراز عنه
بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على
شهادة شاهدين وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان
مقام واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين

ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فيشهدان عليه كما يشهدان على سائر الحقوق ولا تقبل شهادة
واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب
الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه
فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء
وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد
قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة
الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها ومن قال
اشهد ان فلانا على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا
بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى
اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر
تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا
مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة
وانما تمس الحاجة عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة
ومدة السفر بعيدة حكما حتى اديرت عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف انه
ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء

او شاهد الاصل   او مسافة دون

لحقوق

لحقوق الناس فالاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال فان عدل
شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل
احدهما الآخر صح لما قلنا غاية ما فيه ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل
لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان رد شهادة
صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف
وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل
ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف
العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال فان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة
شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط واذا شهد رجلان
على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا انهما
يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها
فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة فلعلها
غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده
وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا
انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي
الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته
ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها

و هذا الان العوام لا تتوجه الى هذا ولا يحصل بالتشهير الزجر وهي حق المنتهى ثم
لا نعم يوم لا يحصلون ويحصل بالتشهير الا انه لا يحصل لانها خاصة ويتبين العوام انه نشر
والانزجار حقه خاصة ويتبين لهم حقيقة الزور وان كان يتم ذكر محمد بن اسحق ومحمد
في التجارية عامة ويتبين الى السوقية الصغيرة خاصة اما المحلة الكبيرة وظهر عامة العوام
وان كان فيهم بذكر محمد بن خالد عبده ومحمد خلاف الامام ابو يوسف على ظاهر الرواية ذكره في
يوم مقام الحد لانه لا يتم حد الاشتهار الا ابعد اللازم قال قال ابو حنيفة
وشاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي
لما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولانها
هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر
ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر
ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول
على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح
رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي
بعد العصر اجمع ما كانوا ويقولون ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد
زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا
والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود
وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران

وفائدته

وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق
الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينة للاثبات

باب الرجوع عن الشهادة

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق
انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا
لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان اخر
كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول
وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم
بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح
الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس القاضي
مجلس القاضي اي قاضي كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر
والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه
رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى
لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح وهذا عند محمد
ثم هذا يدل على ان الحكم بالضمان ... الى المشهود عليه لان ... [illegible]
[illegible]
[illegible]

في نفس التسبيب إلا بعد أن قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن الإتلاف
يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين فإن رجع أحدهما ضمن
النصف والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته
نصف الحق وإن شهد بالمال ثلاثة ثم رجع أحدهم فلا ضمان عليه لأنه بقي من يبقى
بشهادته كل الحق وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان
فأولى أن يمتنع فإن رجع الآخر ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء أحدهم يبقى
نصف الحق وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة
الأرباع ببقاء من بقي وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق
وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته
كل الحق فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل و
الربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق
وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف
لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل
ولأبي حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت
شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم
رجعوا وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما
قال ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة

ليست

بشاهد بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم قال وإن شهد شاهدان على امرأة
بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا إذا شهدا بأقل من مهر مثلها
لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف
وإنما تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل وكذا إذا
شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال
الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة
بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما
أتلفاها من غير عوض وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف
معنى نظرا إلى العوض وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق
بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط
الخيار إليه فأضيف التلف إليهم وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا
ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج
أو ارتدت سقط المهر أصلا ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب
سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا
بشهادتهما قال وإن شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية
العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء
وإن شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي

يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع
ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي
لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري
مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع
الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة
في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا
لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد
ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا
اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد وعند ابي يوسف وابي حنيفة لا ضمان عليهم لان
القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله
ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع
جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه
بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع
من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان
فلا يجمع بينهما في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في
شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم
ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية

ضمنوا

ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان
وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة
بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان
بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف
الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط
ولو رجع شهود الشرط وحده اختلف المشايخ فيه ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق
قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز
ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج
الى ان يوكل به غيره فيكون سبيله دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عم وكل بالشراء حكيم بن
حزام رضي الله عنه وبالتزويج عمر بن ام سلمة رضي الله عنها قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق
لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل واحد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه
وكل عقيلا وبعدما اسن عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود
والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات
وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر
عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه
ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل
باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا ومحمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف

ويشترط هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره
فصار كانه تكلم بنفسه ان التوكيل امانة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب اي
في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولا يخفى ان الحدود تندرئ بالشبهات لان الوجوب
لتفاوت الجنايات وكذا الشهادة تجري في التوكيل كما في سائر الحقوق وعن
التوكيل بالجواب من جانب من عليه القصاص وكلام ابي حنيفة اظهر لان الشبهة لا تمنع
الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة
لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة
ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم انما الخلاف في اللزوم يعني ان الوكيل لا يرتد
برد الخصم فيه بلا رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق
على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه
كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الاخر
هنالك لم يكن لازما التوكيل عنده ولو كانت المرأة
مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت
لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى
ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف
من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل
العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان

صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واراد ويعقل ان البيع سالب والشراء جالب لان
الموكل هو المالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء
او عبدا محجورا جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى
انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق مولاه
والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد
لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد او
مجنون محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه
يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه
الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق
بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار
كالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام
وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه
لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في
الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان
ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد
وهو الصحيح قال العبد الضعيف في مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى
وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل

دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها
سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه
كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط
فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني
من اخوات العتق على مال والكتابة والصلح عن الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى
البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع
والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا
للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة
الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه واذا طالب
الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد
فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه
ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة
ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين
الوكيل اذا كان وحده وان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه يملك الابراء عنهما
عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او
جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول

ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان
الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة
لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ
يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن
يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا
لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل
الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا
فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا
ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة جاز لان الجهالة مستدركة
ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر
اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة
اسم لما يدب على الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب
لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل
ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق
والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار
والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال
ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا

على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه
الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف
في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان
فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده
بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه وان سلمه الى الموكل لم يرده
الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه
ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده
قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر
ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع
طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه
قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس
بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به
الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض
وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا
دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت
بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل
وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه

للموكل فيكون

الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من
مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا
بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر
ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه اليه فيسقط حقه في الحبس قلنا هذا
لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على انه قد يوقف
للموكل ان لم يحبسه لعدم حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن
عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة وضمان الغصب عند زفر
لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط
بهلاكه ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا وهو الرهن
بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق
الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء
عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال
بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر
في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره
بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا
وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة
ولم يأمره بالزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان

الزيادة هناك

الزيادة ... بمثله للموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين
رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول
فلم يحصل مقصود الآمر به قال ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه
لانه يؤدي الى تغرير الآمر من حيث انه اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل
الا بحضرة الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود
او وكل وكيلا آخر بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه
لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول
لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل
الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بماله قال رحمه الله هذه المسألة على وجوه
ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل
دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه
الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة
العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر
فهو للآمر وان نواها لنفسه فهو لنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل
وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا
على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت
جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى

موقوفا

موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما
يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام
في الطعام على هذه الوجوه قال ومن وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات
عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف
فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن
على الآمر وهو ينكر فالقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة
فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور
لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف
الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه
لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه
امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هاهنا وان كان امره بشراء عبد بعينه
ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا
بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك
شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا قال ومن قال
لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان فقال انا امرته
بذلك فان فلانا ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه
الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه

المشترى له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى
لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي
وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب
قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز
لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن
الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما
سواء فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر
لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد
منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت
الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان
شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام
الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف
الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق
لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه
تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه
جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان امره
ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه او مات قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري

وان قبضه

وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه
المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير
لا يتعينان في المعاوضات دينا كانا او عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان
لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد
الوكيل كيده ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منها
او بالدين منها ثم استهلك العين او سقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا
تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى
بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا
قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير البائع وكيلا عنه في القبض
ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح
التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع
تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر
اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت
تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه
ضمان خمسمائة وهو ينكر وان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث
اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال وان
لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كان قيمتها

معناه الذي يتحالفان لان الموكل والوكيل ههنا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد
وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور

قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة
وقال المأمور اشتريته بالف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه
قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسألة الاولى
هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو بين
البائع والمشتري بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما عقد
فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور رحمه الله وهو اظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بالف
درهم ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر
والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق
ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كان اشترى بنفسه واذا كان
اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة
وامكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز
متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري
الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره
حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة

تتوجه

تتوجه نحو العاقد اما ههنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل
والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وان قال
العبد اشتر لي نفسي من مولاي فقال لمولاه بعني لفلان بكذا ففعل فهو
للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع
يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن
الا ان الامر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق
وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين لكنه
اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان
فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده
ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده
او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك بينهم متباينة والمنافع
منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق
في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالة
وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا
من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه
بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه

ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات
لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا
يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش
بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناوله مطلق
اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع
بالعين او بالغبن متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسألة ممنوعة
على قول ابي حنيفة على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع
يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه
والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل
بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وبزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن
الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره
على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك
شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده
لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن فيه هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء
لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين
وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده لان
التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن

لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة لان اللفظ
مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده
فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان
يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد
من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين
انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان
وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان
شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج
الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وقع وسيلة
فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر
ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير
فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض
الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين
او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه
مستندا الى هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة
شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا
يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها

في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل
فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة
او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم
ممارسته المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقراره لزم المأمور لان الاقرار حجة
قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل
فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له
ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالعيب بقضاء فسخ لعموم
ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور
لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير
خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق
في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفالة
باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال
المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا
دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول
المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة
فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب
في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى

الوكالة

الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة
وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه
واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان
الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب
الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين
دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر
وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا
برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة
واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء
الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته
بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء
لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف
ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه
تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل
ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس
متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك

لا بطلاق في الصحيح يعني المراة وان اجاز في هذا الوجه يكون وكيلا عن الموكل صح لانه لا يملك
الاول عزله ولا ينعزل بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فاذا
وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز وعقد بحضوره لكن حضوره لان موضعه حضور
راي الاول وقد حضر ولكن ما جعله حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رايه
الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رايه ولو
قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الراي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا
وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير
الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن
وفوض الى الاول كان رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج
المكاتب والعبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه
التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك
نفسه فكيف يملك غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان
هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة
والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته
والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى ان يسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله
وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية
وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل [illegible]

بجعل كان او بغير جعل لانه يسمى بيعا [illegible] باب الوكالة بالخصومة والقبض
قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر هو يقول انه رضي بخصومته والقبض
غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها
بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة
من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه
وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى اليوم على ان لا يملك قال
فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما
واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون
وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده
وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن
على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك
لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه
من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد
بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك
والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها
فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض
والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول [illegible]

البينة ان الموكل باعه اياه وتقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان
يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في
قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر الغائب يعاد البينة على البيع فصار
كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال
وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق
والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا
دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره
ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف
يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القاضي وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين
وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار
يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء
ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو
خصومة ولهذا اختير فيها الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل
صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا
وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى
الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتنصيص
زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب

والمطلوب

والمطلوب ولم يصححه من الطالب لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فيبعد ذلك ثم يقول ابو يوسف
ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان
ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء
خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه
بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير
مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا
فصار كالاب والوصي اذا اقرا في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما قال
ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا
لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن
ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا لنفسه
فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء وللغرماء
ان يطالبوا العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال
ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار
على نفسه لان ما يقبضه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم
الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه
فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته
ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف

يحتج في قبضه وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون
ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت
الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب على فلان ولو كان لم يصدقه
على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب الحق على الغريم رجع الغريم على الوكيل
لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه
رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي
الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدي صار حقا للغائب
اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد
لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس
عن غرضه ومن قال اني وكيل الغائب بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه
اقرار بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له
ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد
اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع
لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق
في دعوى البيع عليه **قال** ومن وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم
ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت
والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق **قال** ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه

ولا يستحلف

ولا يستحلف الوكيل لانه نائب **قال** وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع
رضى المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن
هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ
ماض على الصحيح وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده
بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا
يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر
في الفصلين لانه يعتبر النظر ويستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع
فيستحلف النظر **قال** ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة
من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه
فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء
الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق فيتضمن الشراء فلا يدخل فيه **باب عزل الوكيل**
وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان
وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي
تضمنها عقد الرهن **قال** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان
في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال
الموكل ويسلم المبيع فيضمن فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره
للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده **قال** وتبطل الوكالة

بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم
فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون
الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به
الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد
حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق
قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق
بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت
او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير قال وان كان الموكل امرأة فارتدت
فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف
قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه
تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل
بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم
كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة
لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود
مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة
اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق
لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه اثبات

ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات
وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب
مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال في الوكيل والفرق على الظاهر
ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل
باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ
ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه بنفسه او يوكله بتزويج
امرأة او بشراء شيء بعينه ففعله بنفسه او يوكله بالطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة
وانقضت العدة او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة
قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها الموكل لان الحاجة باقية وكذا
لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل
ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد له ان يبيعه مرة
اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب
بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة
اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له
ان يبيعه **كتاب الدعوى** قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه
من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلف

عبارات المشايخ فمنها ما قال في الكتاب وهذا احد عامه صحيح وتقول المدعي من لا يجبر
الا بالحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كالذي في يده وقيل المدعي
من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو
المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا
لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له
مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى
يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام
في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى
وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة
في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب
الحضور وعلى هذا القضاة من اخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره
ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال
وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة
تعرف به وقد تعذرت مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع ذكر بيان القيمة
ذكر الذكورة والانوثة قال وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه
وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار
يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد

لان تمام

لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره
وان ذكر ثلثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط
في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركه وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط
في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما
اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده
بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار
عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله انه يطالبه به
لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا
بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول
في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان
صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف
قال واذا صحت الدعوى سال القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فان اعترف
قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سال المدعي
البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة
وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان
اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه قال العبد
واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة معناه حاضرة

لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه
سال ورتب اليمين على فقد البينة م

لم يستحلف

في الحدود وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه
يجيبه الا ان ثبوت الحق في اليمين صرت بحاله عن اقامة البينة لما روينا فكان
حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف
ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس
وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي **قال** ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة
الخارج اولى وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور
وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير
ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي
اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق
واختيه وكذا على الولاء الثابت بها **قال** وان نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه
بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف
يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه
الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان
النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب
ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه **قال** وينبغي للقاضي
ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار

لاعلامه

لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء **قال** فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه
بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر
فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا هو الصحيح والاول اولى
ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول
اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح **قال** واذا كانت الدعوى نكاحا
لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق
والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله
الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا
ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها
لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا
او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة فلا يعمل في الحدود
واللعان في معنى الحدود ولابي حنيفة انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود
وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة
الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد
المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه
والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين **قال** ويستحلف السارق فان نكل ضمن
ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا

المنوط

يشهد عليها رجلين او امراتان قال واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج
فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما
اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى
المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث
والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف
في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والام في حق
المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن
ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه
القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما
لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال
خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي
يدعي العمد ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس
فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب المال وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة
وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع
القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي
بينة حاضرة قيل للخصم اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة
بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي

وليس فيه كثير

وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى
يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام
مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال
والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي
او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا
يذهب حقه الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا
الى اخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك
اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب
الحجر ان شاء الله تعالى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف واليمين بالله دون غيره
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقد تؤكد بذكر اوصافه وهو
التغليظ وذلك مثل ان يقول قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال
الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه
الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق عليه يمين واحدة حتى لو قال وقيل
والرحمن والرحيم كان يمينا ثانية وتحصل الواو بين الاسمين يمينا واحدة
بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف
بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف

وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك ١٢

كانت

بذلك

بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف
لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال ويستحلف اليهودي
بالله الذي انزل التورية على موسى عم والنصراني بالله الذي انزل الانجيل
على عيسى لقوله عم لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى
ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني يعتقد نبوة
عيسى عليهم السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه والمجوسي يحلف بالله
الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة في النوادر انه
لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني
الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها
وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يحلف الا
بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى كما نطق به النص وهو قوله تعالى
ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي
لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان
ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك
حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع لا سيما اذا لم يتوقف ابقاء الحق عليه
وهو يمين قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما
بيع قائم فيه في الحال ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال منها ويستحلف

في الغصب

في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يستحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب
ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه
الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي باين منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله
ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف
على السبب يتضرر به المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد اما على قول ابي يوسف
فيحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل
ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل
فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك
النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة
نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا
لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على
مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق وعليه بنقض
العهد واللحاق بخلاف ما لا يتكرر على المسلم العبد والامة اذا ادعت العتق يحلف على الحاصل
بالله ما هي حرة لانها قد تسبى بعد الارتداد وكذلك العبد الكافر لانه يسبى بعد نقض
العهد او اللحاق بدار الحرب وفي عتق العبد المسلم يحلف على السبب بالله ما اعتقه
لانه لا يرتفع وانه ليس سبي له قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه

العدة م

لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف
على البتات لان المطلق لليمين موجود اذ الشراء والهبة سبب لثبوت الملك وضعا
قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها
على عشرة دراهم فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رض وليس له ان يستحلف على تلك اليمين
ابدا لانه اسقط حقه **باب التحالف** واذا اختلف المتبايعان في البيع
فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري
اكثر منه واقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة
اقوى منها فان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى
لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة وان كان الاختلاف في الثمن والمبيع
جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات
وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا
فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود
قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان
فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب
تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره وكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف
للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له وبقي دعوى البائع في زيادة الثمن

والمشتري

والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبتدئ بيمين المشتري
وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما
انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ
بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف
يقول اولا يبتدئ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله
البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ
القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه
بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله
ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه
بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك
وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا
فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل
واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل
يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وان نكل احدهما عن اليمين
لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته
قال واذا اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما

قوله لانه هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به الشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او في الثمن وقال زفر والشافعي يتحالفان اذا اختلفا في الاجل لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل انقص من الحال فكان ذلك اختلافا في وصف الثمن قلنا الاجل ليس بوصف للثمن الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه يعني الثمن موجود بعد مضي الاجل كما استحقه البائع من غير تفاوت ولو كان الاجل وصفا للثمن لكان باقيا لا صلة من الاستحقاق كفاية

لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط و
الابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف
الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك
يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه
ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل
مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم
اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان
وينفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال
لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه
والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك
السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم
للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ
ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف
في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى فائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة
الثمن ليس من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا وان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احدهما
قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال فان هلك
احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك و

في الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان ياخذ
الحي ولا شيء له من قيمة الهالك وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي
والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد
الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف
ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس
في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن
التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة بالقيمة وهي تعرف بالحزر
والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة
الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان
وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد
من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعضهم
ان الحي ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء
ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه
فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء
فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع
فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري

فان نكل لزمه دعوى المشتري فان حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن
ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك
يوم القبض فالقول للبائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما فبينة البائع
اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب
وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على
قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري
يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول للمنكر فان اقاما البينة
فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه
وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعرفان
حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته وهذا يبين لك
معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا
في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد
في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق العاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة مفروضة
قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث
على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع
بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا

قال ومن اسلم

قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول
المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم
بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل
التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق
بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت
تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان
اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل
مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف
في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم
التسمية يفسده على ما مر فيفسخ قال ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به
الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او
اكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما
ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه
قال العبد الضعيف ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له
مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين
الزوج عند محمد وعندهما تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه
وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح

على هذا العقود وهو انه عند وجود التجارة فهو كالمثل المتعدد الذي هو الاجارة
او الجناية مثل ما هو الذي يكون ابدا قيمتها او دون حقيقتها الا ان يحكم ان يكون الاثر الحكمي ارجح
ولم يوجد فوجب التحالف وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا
وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق
القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا
قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدا بيمين المستاجر لانه منكر
لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدا بيمين المؤجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه
وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة
وان كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستاجر اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد
منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين
بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا
عند ابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عنده وكذا
على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه
فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع
لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر
مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد
فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء

من المنفعة

من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا
تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالف
عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل
الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي
استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا
اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو
سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في
قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت
فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو
للمرأة كالوقايات لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان
المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها [illegible]
لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال
قيام النكاح او بعدما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر
فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكره
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه
لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض
لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد

ما كان من الرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان لهما فهو للرجل او لورثته
لما قلنا لا فرق بين الطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام المورث وان كان
احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت
فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب
بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيما لا يكون خصما

ولو قال
المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام
بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه
اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات
الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان
ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت
وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه في الوكالة ولا تندفع الخصومة
بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره
يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين
من ذمة الى ذمة غيره وقال ابو يوسف آخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا
وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر
يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي
لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع

هو هذا المدعي

هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به
المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد
للوجه الثاني وعند ابي حنيفة تندفع لانه اثبت ببينته انه وصل اليه من جهة غيره حيث
عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي
هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر به شهوده دون المدعى عليه وهذه المسألة
مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة بتوفيق الله تعالى وان قال ابتعته
من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي
غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه
انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار
يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني
وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهو قول ابي حنيفة
وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال
غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه
هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر عليه
فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ولو قال
ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما
توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى يده من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان

لانه تعلم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته ثبوت حق ما ...

باب ما يدعيه الرجلان واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له فاقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتهاترتا او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة رضي الله عنه ان رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما فان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضي بها القاضي ثم ادعى الآخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ

في الاول

98

في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستواء السببين فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده ولعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما

شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد فاقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء
اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك
في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة مع القبض
والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه
يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما
يحتمل عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع
قال وان ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما
في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف
وقال محمد الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء
اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه قال وان ادعى احدهما
رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس
الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن
مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه
بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن
لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض قال وان اقام الخارجان
البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين
فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال ولو ادعيا الشراء من واحد

وصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح

من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته
في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا
تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما
لما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين
لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان
البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واذا اثبت احدهما تاريخا
يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة
والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من الآخر قضي
بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك
المطلق قال وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم
تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا تقبل بينة
ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان
التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا
ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد
على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج
وذو اليد بينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى
وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء

لا يدل على سبق التاريخ فيجب قبول بينة الخارج كما في الشارح الكاري

اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى وليس الا بينة ذي اليد انما العبرة
لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كان
الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق
الزوائد ويرجع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك
الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء
ولابي حنيفة ان التاريخ يضاده احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما اذا اقاما
البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب
صاحب التاريخ **قال** وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج
فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد
باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده
لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده
فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على
النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا
بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين الخارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا
ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث بينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها
ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق

خلاف م

من واحد م

اذا اقام

اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص **قال** وكذلك
النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه
في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف و
ان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس و
زراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم
قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم
يرجع الى الاصل **قال** وان اقام الخارج البينة على الملك فصاحب اليد البينة على
الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وان كان يدعي اولية الملك فهذا
تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه **قال** وان
اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك
الدار في يد ذي اليد **قال** رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد
يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد
من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض
لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع
فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هاهنا ولان السبب يراد
لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه
لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا

لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على النقد فالقضاء في مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين ولو كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشترى ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر

قال وإذا اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف

قال وان كانت دار في يد رجل فادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فيسلم له بلا منازع بقي النصف الآخر فيتنصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فتقسم بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات وان كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على طريق القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته

والنصف الذي في يده لا يدعيه صاحبه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده

قال وإذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كان في يده وإذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان البينة عليه احدهما بالغصب والآخر بالوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع بالايدي

وإذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا إذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف

قال وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وإذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا وان كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة لا توجب زيادة في الاستحقاق

قال وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه

في يده وان قال انا عبد فلان فهو عبد للذي هو في يده لانه اقر بان اليد له
على نفسه لما كان لا يعبر عن نفسه فهو بمنزلة متاع لا يعبر عنه ولو كان يعبر فلو كبر وادعى
الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر عليه الرق في حال صغره **قال** واذا كان الحائط
لرجل عليه جذوع او هو متصل ببنائه ولاخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع
والاتصال والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر صاحب
تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل عليها وللاخر كوز معلق والمراد بالاتصال
مداخلة لبن جداره فيه ولبن جداره فيه وقد يسمى اتصال تربيع وهو شاهد
ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء الحائط وقوله الهرادي ليست بشيء يدل
على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذلك البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى
لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد
منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا يعتبر بالاكثر منها بعد الثلاث ولو كان
جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه في رواية وفي رواية
لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس
ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه الثاني ان الاستعمال من كل
واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد
والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة
في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى

وجه الاول

وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى
من اليد ووجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له
ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذا رواية الطحاوي
وصححها الجرجاني **قال** وان كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الاخر
بيت فالدار بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها **قال** واذا
ادعى رجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد
منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها
وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام
الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لواحد
منهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود
التصرف والاستعمال فيها **باب دعوى النسب** واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه
البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له
ويفسخ البيع ويرد الثمن وهذا استحسان وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع
اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه متناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه
الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا
ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت
العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه

تمحضه بغير حق وإذا ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع
أولى لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وإن جاءت به
لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه
يقينا وهو الشاهد والحجة إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد
بالنكاح ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق
ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر
من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري
لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة فلا بد من تصديقه وإذا صدقه
المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى لاحتمال العلوق
واحتمال العلوق في ملكه فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر
لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته
إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل
من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات
التبع وإنما كان الولد أصلا لأنها تضاف إليه يقال أم ولد وتستفيد الحرية من جهته
لقوله عليه السلام أعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى
قال ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم لأنه
تبين أنه باع أم ولده ومالية أم الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري

وعندهما

وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير وإذا حبلت الجارية
في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري
الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه
باطلة ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مر وفي الفصل
الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته
في الأصل وهو الولد وليس من ضرورته حرية الأم كما في ولد المغرور فإنه حر والأم
أمة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد
فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وإنما كان الإعتاق مانعا لأنه لا يحتمل النقض كحق
استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة
الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض
الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار
الحرية وقوله في الفصل الأول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد
كل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده فباعه
المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض
وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله وكذا إذا كاتبه أو رهنه أو آجره
أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض
فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما إذا ادعاه

الكبرى ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من
المشتري لا يحتمل النقض فصار كالاعتاق قال ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه
لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين
ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل
من ستة اشهر وهي مع القصة وان كانا في يده فباع احدهما فاعتقه
المشتري ثم ادعى البائع الذي بقي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه ثبت
نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه فثبتت به حرية
الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري
وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه
مقصودا لحق دعوة البائع وههنا يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو
لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه
دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على ولايته قال واذا كان الصبي في يد
رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون
ابنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان
ولد على فراشه ثم ادعاه مخالف لهما ان الاقرار قد بطل برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار
والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل
فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري وكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه

بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه
ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت
نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولا بي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد
ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته
لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت
النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له وبمثله الولاء على هذا الخلاف
فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد يعترض
على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر
وهذا الحجج جامع لانه يتضمن بيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعوته
باقراره بالنسب لغيره قال ولو كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن
النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان
لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل
الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه
اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين
قال واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسألة
ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه
يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب فيثبت بالفراش

كتاب الاقرار

[illegible]

فإذا بين في ذلك ... رجوعاً قال والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك
لأنه هو المنكر فيه وكذا إذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا إذا قال غصبت منه شيئا
ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال
فالمرجع إليه في بيانه لأنه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لأن كل ذلك مال فإنه اسم
لما يتمول به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم
يصدق في أقل من مائتي درهم لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب
عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة
دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب
وهذا إذا قال من الدراهم أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي
الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال
أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أي فن سماه اعتبارا لأدنى الجمع ولو قال دراهم
كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة دراهم وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لم يصدق في أقل
من مائتين لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه
وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما
فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه ولو قال دراهم فهي ثلاثة لأنها أقل الجمع
الصحيح إلا أن يبين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد ولو قال
كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما

حرف العطف

حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في أقل
من أحد وعشرين درهما لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك
من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره وفي العشرة ولو قال كذا درهما فهو
درهم لأنه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لأنه لا نظير له سواه وإن ثلث
بالواو فمائة وأحد وعشرون وإن ربع يزاد عليها ألف لأن ذلك نظيره قال
وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين لأن علي صيغة إيجاب وقبلي ينبئ عن الضمان
على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث
يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رحمه الله وفي
بعض نسخ المختصر في قوله قبلي أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي
قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا فالأمانة أقلهما والأول أصح ولو
قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده لأن
كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما
ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها
أو قد قضيتكها فهو إقرار لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى
فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقرارا لعدم
انصرافه إلى المذكور والتأجيل إنما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى
الإبراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب

وكذا اذا [illegible] لانه يحول الدين قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه
المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى
حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم
السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه
منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال
مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه
قال الشافعي لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو والعاطفة لا تفسير فبقيت المائة
على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في
كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب
بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا
يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف
ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب
لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا
قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة
ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه
وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان
كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة

خاصة لان

خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد
يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان
اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطلق على
الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت
ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في
ثوب بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب
في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احد عشر ثوبا
لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف
ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين
عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمة على ان كل ثوب منها موعى وليس بوعاء
فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب
والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه
في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي
من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه الابتداء
وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر
يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط
فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق فصل ومن قال لحمل

قوله فان قال بينهما فان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية يقسم نصفين وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كافي

فلانة علي الف درهم فان قال اوصى به فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح
لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت
الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار
في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين
فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا وان ابهم الاقرار
لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل
على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل
اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل
جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من
جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار
لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة
عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى
الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون
رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز
حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال له علي
مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد

ان الاستثناء

ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس ولهما
ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا
في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا
لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدارا من الدراهم فصار بقدره
مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدارا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا
فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لا يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة
الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك
اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق
بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر
الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون
المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء
داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة
في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او
الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو
كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض
دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له
لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد

يعني اذا استثنى شيئا لا يجوز ان يعطي مكان الدراهم نحو الا ثوبا ليس بثمن

اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد و
خذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا ان يصدقه
ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني
ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر
لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود و
الثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال
الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه وان قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر
يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر فاذا تحالفا
بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد اشتريته منه ولم يعينه لزمه الالف
ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال
رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت
او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاف توجب هلاك المبيع فيمتنع
وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف
ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك
من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه
وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره
فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب

مطلقا وآخره

مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا ولا يصح
مفصولا ولو قال ابتعت منه عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه
ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر
او خنزير ومعنى المسألة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف
ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا
واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب
فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف
درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له
جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة وقالا ان قال موصولا صدق وان قال مفصولا
لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان
مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف
بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه
وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي
السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا
قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع
يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف
الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة

من الثمن عند الا انها زيوف لان الزيافة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها
وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف في القرض اذا وصل لان
القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد
فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض
قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار
ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا
او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة يصدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يصادف
ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيانا للنوع فيصح وان فصل
ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه
مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص
بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم
لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال
الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح
موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي
كما بيناه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم الامكان الاحتراز عنه ومن اقر
بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك
الف درهم وديعة فهلكت فقال الآخر لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن ولو قال اعطيتنيها وديعة فقال الآخر لا بل

غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه
وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول قوله مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك
يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول قول المنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ
والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطيتنيها والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فكان
الاقرار به اقرارا بالقبض وهو الاخذ فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو
اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال
اخذتها منك وديعة فهلكت وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر
بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان
وهو القرض والآخر ينكره فافترقا ولو قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان
فاخذتها وقال فلان هي لي فانه يأخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه
وهو ينكر فالقول للمنكر ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي
هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول
الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال
خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف
في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة ووجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاعارة
والاجارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء
الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة و

والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه
الفرق أن في الإعارة والإجارة والإسكان أقر باليد ثابتة من جهته فيكون القول قوله
في كيفيته ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة وقد تكون
من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ
في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاها لأنه ذكر الأخذ في وضع
الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضا وهذا الخلاف فيما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم
كانت لي عليه أو قال أقرضته ألف درهم ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول
قوله لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك يكون بقبض مضمون فإذا أقر بالاقتضاء
فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره فأما ههنا
المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه
الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان
وقال المقر لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له
باليد إنما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما إذا قال
خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون
القول للمقر لما بينا فكذا هذا والله أعلم

باب الإقرار في المرض

وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته
في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض

ودين الصحة

ودين الصحة يستويان لاستوائهما في سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين
ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة
ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك لأن حق
غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث
بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن
حق غرماء الصحة تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته
على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر
بخلاف حالتي الصحة والمرض لأن الأولى حالة الإطلاق وهذه حالة العجز فافترقا وإنما تقدم
الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له وذلك مثل
بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين
مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح إقراره
في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض
لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء إلا إذا
قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه بالبينة قال
وإذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن
الإقرار في ذاته صحيح وإنما رد في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته وإن
لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقر له أولى

من الورثة لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته
ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا
تقدم حاجته في التكفين قال ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه
بقية الورثة وقال الشافعي في أحد قوليه يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب
الصدق فيه وصار كالإقرار لأجنبي ولوارث آخر ولوديعة مستهلكة للوارث
ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ولأنه تعلق حق الورثة بماله
في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين
ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق
الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة لأنه لو حجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه
وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا
التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره وإن أقر لأجنبي جاز
وإن أحاط بماله لما بينا والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه
إلا أنا نقول لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين
ثم وثم حتى يأتي على الكل ومن أقر لأجنبي في مرضه ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره
وإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى
وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان
التزوج فبقي إقراره لأجنبية قال ومن طلق امرأته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين

فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه لأنهما متهمان فيه لقيام العدة وباب
الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها بزيادة على
ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت فصل ومن أقر بغلام يولد مثله
لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان
مريضا لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون
مكذبا في الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره وإنما شرط
تصديق الغلام لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر
ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية ويشارك الورثة في الميراث لأنه لما ثبت
نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز إقرار الرجل
بالوالدين والولد والزوجة والمولى لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير
ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل
النسب على الغير وهو الزوج لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد
بولادته قابلة لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في إقرار
المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد
موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق وكذا يصح
تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه وعند أبي حنيفة لا يصح لأن النكاح انقطع
بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم

جاز له الإقرار وإن ثبت بعد الموت والتصديق بعد موته لأن النسب يبقى بعد الموت قال ومن
أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب لأن فيه حمل
النسب على الغير فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له
لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه
لأن له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه
فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة
حتى أن من أقر في مرضه بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له جميع المال ولو كان الأول
وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم
أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لأحد كان للمقر له
لأن رجوعه صحيح لأنه لم يثبت نسبه فبطل إقراره قال ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب
أخيه منه لما بينا ويشاركه في الميراث لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير
ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق
لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين
وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون
لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون فإذا كذبه أخوه استغرق الدين
نصيبه كما هو مذهبنا وغاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما
لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور

كتاب الصلح

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع إقرار وصلح مع سكوت
وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز لإطلاق قوله تعالى
والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان
حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الأمر ولأن المدعي يأخذ المال
بقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراما لعينه
كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولأن هذا صلح بعد دعوى
صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه
يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية الأنفس ودفع
الرشوة لدفع الظلم جائز قال فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في
البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين
بتراضيهما فتجري فيه الشفعة إذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار
الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة
المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وإن وقع عن مال بمنافع
يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود
لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لأنه إجارة قال والصلح
عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة

لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين
وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت
كونه عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا
كان عن انكار او سكوت لانه يأخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة
المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة
لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره
وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه
رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في
البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي
بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه
فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده
وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض
ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق
بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق
اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار
شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح
لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق

في الفصلين

في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض
الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله
لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله عليه ذكره في استحقاق المبسوط ولو ادعى دارا
فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي
والوجه فيه احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه
فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال
لانه في معنى البيع على ما مر قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح
والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف
العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي
له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح
حتى ان ما يصلح مسمى فيه يصلح هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير
المال ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو
الا ان
صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في
الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب
الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث
لا يصح لانه حق التملك ولا حق له في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل
فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض

والثبوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه ثم في
بطلان الكفالة روايتان على ما عرف في موضعه وأما الخطأ فهو جناية في الطرف فلأن
موجبها المال فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لا يصح الزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعا
فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر
الدية لأن القصاص ليس بمال وإنما يتقوم بالعقد وهذا إذا صالح على أحد مقادير
الدية أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها إلا أنه يشترط القبض في المجلس
كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها
بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما
على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال
ولا يجوز الصلح عن دعوى حد لأنه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا
لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد لا حقها وكذا لا يصح الصلح عما أشرعه
إلى الطريق العام لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل
في إطلاق الجواب حد القذف لأن المغلب فيه حق الشرع قال وإذا ادعى رجل
على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى
الخلع لأنه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع
الخصومة قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه
قال وإن ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه

هكذا ذكر

هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني
أنه بذل لها المال لترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض
في الفرقة وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح
قال وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي
بمنزلة الإعتاق على مال لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان
في الذمة إلى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه
لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال وإذا قتل العبد
المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه
جاز وجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصها
بالمال وصار كالأجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا
وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا تمليكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته
دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف
ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لأن الواجب هو القيمة وهي مقدرة
فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف
الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة
ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه
أو حقه في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله

ملك بيعه في رقبته اجارة كذا ذكره التمرتاشي

اذا تراضيا على الاكثر لكان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق
قد انتقل الى القيمة **قال** واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر
فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما
فلما بينا والفرق لابي حنيفة ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون
دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه
على عرض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل
وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه
اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه
لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة
البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل **قال** وان
صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل
للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه
كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين
بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان
تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك لو قال صالحتك على
الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه

فيصح الصلح

فيصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد
لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز
ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع
الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف
بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته **قال** رضي الله عنه ووجه آخر ان يقول
صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه اذا عينه للتسليم صار
شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا شيء له على
المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح
وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم
استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا
يجبر على التسليم واذا لم يسلم له ما ضمنه رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

قال وكل
شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى
بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له الف
جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف
العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض
في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجل جاز وكانه اجل
نفس حقه لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير

ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على
التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح
ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير
مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام وإن كان له
ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة
وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما إذا صالح على
الألف البيض على خمسمائة سود لأنه إسقاط كله قدرا أو وصفا وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين
وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان له
عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه
أمكن أن يجعل إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة
تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم **قال** ومن له على آخر ألف درهم فقال أد
إلي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا
عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق ألا يرى
أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والأداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه
فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقا فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء ولهما أن
هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء خمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضا
حذار إفلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح منه وكلمة على وإن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط

لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أو لأنه متعارف
والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كالحوالة وستخرج البداءة بالإبراء
إن شاء الله تعالى **قال** رحمه الله وهذه المسألة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني إذا قال صالحتك
من الألف على خمسمائة تدفعها إلي غدا وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلي غدا فالألف
عليك على حاله وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد والثالث إذا قال
أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة
أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا
فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما إذا بدأ بأداء الخمسمائة لأن الإبراء
حصل مقرونا به فمن حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع
مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا والرابع إذا قال أد إلي خمسمائة على أنك بريء
من الفضل ولم يؤقت للأداء وقتا جاز الإبراء ولا يعود الدين لأنه
إبراء مطلق لأنه لما لم يؤقت للأداء وقتا لا يكون الأداء غرضا صحيحا لأنه واجب عليه
في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لأن الأداء
في الغد غرض صحيح والخامس إذا قال إن أديت إلي خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت
فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيه من
معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به **قال**
ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه لأنه ليس بمكره

من اي مال الميت وبالخلف ويقع للميت او اقر ان ذلك بشرا فاقرار باطل بنحوه

فصل في الدين المشترك وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما
من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ
نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا
قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض إذ مالية
الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد
والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين
حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته و
الدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثمن المال
المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك إذا عرفنا هذا نقول في مسألة الكتاب له
أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له
حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع
الدين لأن حقه في ذلك قال ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه
أن يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد
أن يبقى الباقي على الشركة قال ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه
أن يضمنه ربع الدين لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح
لأن مبناه على الإغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا

لان حقه

لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق ان يشاركه فله
ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم
ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه
الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف
وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن
نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى
قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض
والاستئجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف والتزوج به اتلاف في ظاهر
الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال فاذا كان السلم بين شريكين فصالح
احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا
بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة
يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا
لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا يتفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز
لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد
سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا خلطاه فعلى الوجه الاول هو على
الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق قال واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها
بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه

فصل في التخارج

امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن
بن عوف رضي عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار **قال** وان كانت
التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس
بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية
التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان
مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة
ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من
ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد
من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان
بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح
دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط
التقابض للصرف **قال** واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان
يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين
وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز
لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا
قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين

واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل
يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة
قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة
لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز
الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان
يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي
في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا والله اعلم **كتاب المضاربة** المضاربة
مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة
للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف
صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي
والفقير والغني وبعث النبي عم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملته الصحابة
ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة
وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله
واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود
التعدي منه على مال غيره **قال** المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين و
مراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر
ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه

للمضارب كان قرضاً جائزاً قال ولا يصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم
بيانه من قبل ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة
من حيث أنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان
واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث
لا يصح المضاربة لأن عند أبي حنيفة لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح
لكن يقع الملك للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها أن يكون الربح
بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد
منها كما في عقد الشركة قال فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله لفساده فلعله لا يربح
إلا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل فيجب
وأجر مثله لأنه ما علمه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز
بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافاً لمحمد كما بيناه في الشركة ويجب الأجر وإن
لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد وعن
أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة
غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة ولأنه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب
جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها
ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى
المضارب ولا يد لرب المال فيه لأن المال أمانة في يده فلا بد من تسليمه إليه وهذا بخلاف الشركة

لان المال

لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد أن يخلص المال للعامل
ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما
لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب
فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير
لأن يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد
شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن
لم يكن عاقداً واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل
المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير
مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز
للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه
الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل
من صنيعهم وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى
كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف
أنه ليس له أن يسافر وعنه أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض
على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب
والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل
برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه

وكذا له أن يوكل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكل به إلا أن يقول له اعمل
برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه
وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو
تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه أما الدفع
مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال
وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها
لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك
البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره قال فإن خرج إلى غير
تلك البلدة فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر
حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة
ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا إذا رد
بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا
ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج
والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه
بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب وهذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد
التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه

ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل به في الكوفة أو في مكان كذا أو كذا أو قال خذ هذا المال
تعمل به بالكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به بالكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه
بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة
فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على أن تشتري من فلان
~~[illegible] وتبيع منهم فباع بالكوفة [illegible] بخلاف ما إذا قال على أن تشتري من فلان~~
وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها
من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع
بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لأن فائدة الأول التقييد بالمكان وفائدة
الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال وكذلك إن وقت
للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لأنه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت
مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب
أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها لأن العقد وضع لتحصيل الربح
وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما
لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه
بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة
لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف قال
فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب

او للعتق مع الاختلاف الموصوف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود فان اشترى منهم
مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن
في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان
زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه
لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت بطريق الحكم فصار كما
اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في
الوارث **قال** وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها
فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر
فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه
ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم تنفذ لفقد شرطه وهو الملك
لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة
اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت
قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد
ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك
بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية
عبد ثم اشتراه يعتق واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه
ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف

اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي
الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة
ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح
والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي
نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء
ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت
بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت
الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا
يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب
شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر والله اعلم **باب المضارب يضارب قال** واذا
دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف
المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال
زفر يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على وجه
الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر
كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع
وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة

يضارب م

ثم ان ابا حنيفة ... او خلط بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة
لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب
يضمن الاول ولم يذكر انه يضمن الثاني ... الا ان ... ضمن ... عند ... يضمن بناء
على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن
الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له
بينه وبين مودع المودع ان المودع يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما
المضارب الثاني فيعمل فيه لنفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول
صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره على الوجه الذي
رضي به مضاربة كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل
له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على
ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى
لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان
ولا يعرى عن نوع خبث **قال** فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له
بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له
على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث
وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به
من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول

النصف

الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له
فلم يبق للاول الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على
خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله
فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان
لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين
فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح ولو كان قال له فما ربحت من شيء
فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول
ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال
فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون
بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان من فضل
فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف و
للمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل
فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني
بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه
بمثله وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني
النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا
هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكونها

فائدة

ليس معلوما في عقد بلفظه وقد صح في السلامة فيلزم الوفاء ولانه جزء من الحق
العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استاجر خياطا ليخيط ثوبا بدرهم فقط
اذا مر الخياط بدرهم ونصف **فصل** واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح
وللعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز
لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يملك
المولى نزعه من يده اذا اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده
الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف
اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث
للمضارب بالشرط والثلث لمولى العبد لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين و
ان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى اما لو عقد العبد الماذون
عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط
العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي
على ما عرف من اصله **فصل في العزل والقسمة** واذا مات رب المال او المضارب
بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت
الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله
ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله
بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار

كتصرفه

كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة
صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة **قال** وان عزل رب المال المضارب
ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا
يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه
قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على راس المال وانما ينض بالبيع **قال** ثم لا يجوز
ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لا يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت
حيث صار نقدا فيعمل العزل وان عزله وراس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له
ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة **قال**
رحمه الله وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم
وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر
الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض
ونحوها **قال** واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء
الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجرة له وان لم يكن له ربح لم يلزمه
الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب
المال في الاقتضاء لان حقوق العقد الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع
حقه وقال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى
هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجرة عادة

قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك
إلى ما هو التبع أولى كما تصرف الهلاك إلى العفو في الزكوة فإن زاد الهالك
على الربح فلا ضمان على المضارب لأنه أمين وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها
ثم هلك المال كله أو بعضه ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن قسمة الربح
لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له فإذا هلك ما في
يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه
من رأس المال لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس
المال وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان
على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا
الربح الأول لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في الثاني
لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا آخر فصل فيما يفعله المضارب
ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق
العقد إلا إذا باع بأجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس
ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن
يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية
المشهورة لأنه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع أما عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله
فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع

نسيئة ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلأنه يملك الإقالة
ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة عنده ولو احتال بالثمن على الأيسر أو
الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر
لأن تصرفه مقيد بشرط النظر والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق
المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع
والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستيجار والإيداع
والإبضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل
برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة
أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته
لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه
جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك
التثمير للمال
دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه
رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس
المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة و
لا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما
نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة وكذا إعطاؤها
لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة

لانه متبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف
انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر ويسقط به النفقة
ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق
على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال
فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع
فهو على المضاربة وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه
فلا يصلح وكيلا فيه فيكون مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية فيه قد تمت
وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه
فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا
دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا تصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال
رب المال وعمل المضارب ولا مال للمضارب ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع
واذا لم تصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال واذا
عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته
وركوبه ومعناه شراؤه وكراؤه في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس
كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكن الاصلي واذا سافر صار محبوسا
بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر
بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله

يتضرر به

يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال
فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان
خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر
وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة
هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن
في موضع يحتاج اليه كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل
ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال واما الدواء ففي ماله في ظاهر
الرواية وعن ابي حنيفة انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة
الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء
بعارض المرض ولهذا كانت النفقة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا
ربح اخذ رب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على
المتاع من الحملان ونحوه ولا يحسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول
دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال
فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل
برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها
احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ

وحقيقة الثوب الا يبيعه على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال
قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار
شريكا بالصبغ انتظم قوله اعمل برأيك فلا يضمنه فصل آخر فان كان معه الف بالنصف
فاشترى بها بزا فباعه بالفين ثم اشترى بالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا الغرم
المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه
على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب فانه
العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالالف وخمسمائة وعليه خمسمائة فيكون من عنده
الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالفين عبدا صار
مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت
الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه
وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون ومال المضاربة
امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة
ويكون رأس المال الفين وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين
ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع
رأس المال ويبقى خمسمائة الربح بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا
بخمسمائة وباعه بالف من المضارب فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة
وفيه شبهة ان كان بيع ملكه بملكه لكن ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز

عن شبهة

عن شبهة الخيانة في عشرة احد العاقدين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه
من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف
الربح وهو نصيب رب المال وقد عرف في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف
فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على
رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان
الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما نصفان
الف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب
المضارب فلما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن
قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب
وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية
ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم
المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم قال فان كان معه الف فاشترى بها
عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه
رب المال لان المال امانة في يده فلا يصير مستوفيا الا بالاستيفاء وانما يكون الاستيفاء بقبض مضمون
وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل بالشراء اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل
الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان
الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم الوكيل في هذه الصورة

يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه يثبت له
حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض اما المضارب فحكمه وبعد الشراء امانة
في يده لوقوعه في حال الامانة فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع
لوقوع الاستيفاء على ما مر **فصل في الاختلاف قال** وان كان مع المضارب الفان
فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين
فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر
لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في
الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض
ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح
فالقول فيه قول رب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة
على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال
هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول
رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر
ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول
لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى
رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان
الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص

ولو ادعى

ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن
يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة
ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض
الاول والله اعلم **كتاب الوديعة قال** الوديعة امانة تركت في يد المودع
اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير
المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع
فيتعطل مصالحهم **قال** وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم
حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ ماله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله
لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به **قال**
فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي
تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره
ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه **قال** الا ان يقع في داره حريق فيسلمها
الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا
للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة
مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع **قال** فان طلبها
صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن
راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه **قال** وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها

وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود
بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة و
امكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك
من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة لانه لا حق له
الا في الدين وقد سقط بالابراء وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة
في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك
الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف
الجنس ومن هذا الجنس خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر
التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند
ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال
لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها
اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك
لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطت لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان
وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع
لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا
تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها

غيره ثم

غيره ثم ازال التعدي وردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان ولنا ان
الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع
عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي
فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما
طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها
فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع
من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين
البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة المستودع كالوكيل يملك
عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى
نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها
عند ابي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع
الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلب منه فبقي الامر حافظا اذا
كانت بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة
عند ابي حنيفة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك
في الوجهين ولابي حنيفة اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق
آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل
ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف

لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد

الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة
امتثال أمره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة
يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان
العقد وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد
إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا قال وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة
فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة وقالا
يدفع إليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس
للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون
وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع
إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ولهذا كان له
أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ولأبي حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب
لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه
إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين
المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها وقوله له أن يأخذه
قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة
عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن
يدفعه إليه قال وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما

إلى الآخر

إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما النصف وإن كان مما لا يقسم جاز
أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر وهذا عند أبي حنيفة وكذلك الجواب عنده في المرتهنين
والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن
الآخر في الوجهين لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل [illegible]
واحد منهما التسليم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض
بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض
دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض
لأن مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما
الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل
إلى أحدهما في بعض الأحوال وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك
فسلمها إليها لا يضمن وفي الجامع الصغير إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها
إلى من لا بد له منه لا يضمن كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه
وكما إذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه
لا يمكن مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيدا فيلغو وإن كان له منه بد ضمن لأن
الشرط مفيد فإن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة
هذا الشرط فاعتبر وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن
لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وإن حفظها

في دار أخرى ضمن لأن الدار تتفاوت في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد
ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت
الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط **قال** ومن أودع رجلا وديعة
فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الآخر وهذا عند أبي حنيفة
وقالا له أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الآخر رجع على الأول لهما أنه قبض المال
من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول
متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه
ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل
له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن
ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه
بذلك وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت
في حجره ثوب غيره **قال** ومن كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له
أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف لهما وعليه ألف أخرى بينهما وشرح
ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث
ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما
وعدم الأولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبيهما ونفيا لتهمة الميل ثم إن حلف
لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وإن نكل للثاني يقضي له لكونه [illegible]

نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن
الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن
يؤخر ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني أيضا يقضي بينهما نصفين على
ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لأنه
أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف إليهما
صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فيكون الألف الأول [illegible]
الآخر بينهما ولو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضي بينهما لأن
القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل
حق الثاني وذكر الخصاف أنه نفذ قضاؤه للأول ووضع المسألة في العبد وإنما نفذ
لمصادفته محل الاجتهاد لأن من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرارا
دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لأن نكوله لا يفيد بعدما صار للأول
وهل يحلف بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه
قال ينبغي أن يحلف عند محمد خلافا لأبي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة
ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وجه [illegible]
بعض الأصحاب [illegible]

كتاب العارية

قال العارية جائزة لأنه نوع إحسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع
بغير عوض وكان الكرخي يقول هو إباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تنعقد بلفظ

المنح

الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي
ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية
وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك
نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع
الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة
وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان
الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل
فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره
ان شاء الله تعالى **قال** ويصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض
لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما
لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا **قال** واخدمتك
هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك ودار(ي)
لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك
لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره **قال** وللمعير ان يرجع في العارية
متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك
شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه **قال**
والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال الغير

لنفسه

132

لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه
ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ
عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا
لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع
فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض
القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد
على ما عرف في موضعه **قال** وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب
ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه
لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر
بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين
سلمه لانه اذا لم تتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير
اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه
وتصدق بالاجر وان ضمن المستأجر يرجع على المؤجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده
دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم **قال** وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف
المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بيناه من قبل والمباح
له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها
موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هنا ونحن نقول هو تمليك المنافع

على ما ذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في
الإجارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعا للحاجة وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف
المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره **قال** رحمه
هذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وهو على أربعة أوجه أحدها أن يكون مطلقة
في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء أي وقت شاء
عملا بالإطلاق والثاني أن يكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه
عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث
أن يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن
يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن
الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا لأنه
لما أطلق فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه
ولو أركب غيره ليس له أن يركب حتى لو فعله ضمن لأنه تعين الإركاب **قال**
وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لأن الإعارة
تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين
ضرورة وذلك بالهبة أو القرض والقرض أدناهما فيثبت أو لأن من قضية
الإعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا هذا إذا أطلق الإعارة
أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن

قرضا ولا

قرضا ولا يكون له إلا المنفعة المسماة وصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها
أو سيفا محلى يتقلد به **قال** وإن استعار أرضا ليبني أو ليغرس جاز وللمعير أن
يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس أما الرجوع فلما بينا وأما الجواز فلأنه منفعة معلومة
تملك بالإجارة فكذا بالإعارة وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف
تفريغه ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث
اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت
صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس
بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه
دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب
الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما
ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه قالوا إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار
إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل ولو استعارها ليزرعها
لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت لأن له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة
الحقين بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قال**
وأجرة رد العارية على المستعير لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة
الرد فيكون عليه وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر لأن الواجب على المستأجر
التمكين والتخلية دون الرد فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده

واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد
المالك ودفع الضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل
مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها
وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة
البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار
المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه
ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة
لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه
بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير
لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن
والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لان له ان يحفظها بيد من
في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع
عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردها الى
عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح
لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت
المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وقال بعضهم
يملكه لانه دون الاعارة واولوا المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال

ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني
لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله
ان لفظ الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء
ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب
والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض
لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا
الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه
ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به
وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على
المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له
في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب
في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه
قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه
ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض
بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول
يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل

في معاني العرب قال وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول
صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال النبي عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث
ووهبك بمعنى واحد وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وا
عمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام
اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض
حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله
عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار
لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه
يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال
هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا
اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا ولو قال داري لك
هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة
تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى
او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها
فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة
سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع
فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه

وهذا لان

وهذا لان الشائع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله
الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع
لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة
ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن
فيكتفى به ولانه لا تلزمه مؤنة القسمة والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة
والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد
والصرف والسلم فان القبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم
مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون
القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز
لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان
قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا
في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذلك السمن في اللبن لان
الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد
باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع
والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان
امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له
ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط

باعه منه لان القبض فيه مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة
غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه
في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه
لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد
غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في
عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت
بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا
وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء
الولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية
فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية
التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا يرى انه
لا يتمكن اجنبي آخر ان ينتزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي
الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما
وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة
بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا
بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض
الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة

وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يصح عند ابي حنيفة وقالا
يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين
وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما
صح ولان الملك يثبت لكل منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا
الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل منهما كملا ولهذا
لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين
بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما
لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية
ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي
الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على
القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد
والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور
في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها
لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها
عن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان
بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا
لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض **باب الرجوع في الهبة** قال واذا

وهبت هبة لرضيعي على ان لا رجوع عنها وقال الشيخ لا رجوع عنها لعود عدم الرجوع
الواهب مع هبة الاجنبي الهبة للوالد لولده فان الرجوع ايضا والتمليك والعقد
لا يقتضي ما يقتضيه بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزء له
ولما كون عدم الرجوع الا ما حق الهبة ما لم يثبت منها اي العوض منها ولا اذا لم يحصل
المقصود بالتفويض للعادة وقد ثبت ولا يصح عند فوات ان العقد يعني مراد
روي نفي يستفيد او الرجوع وانما ثبت للوالد فانه تمليك بالحاجة وذلك يسمى رجوعا
في كتاب فلذا الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلانه كالعائد في عدم الفائدة مع هبة
كالعائد في قيئه وهذا استقباحه ثم الرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوض عنها
لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها ودون الزيادة
لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد العاقدين
لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا
مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك
الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال وان وهب
لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك
فذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك
زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض
عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وان باع نصفها غير

مقسوم رجع

رجع بمقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له
ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا ان يرجع في النصف بالطريق الاولى
قال وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة
لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب
احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود
وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب لها
فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او
بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه
العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب
العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا
استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما قابل نصفه وان
استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر يرجع
في النصف بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء
وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا
ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه من نصفها
رجع في نصفها الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا
بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف فيه بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء

[illegible]

فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ
ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان
اول القبض غير مضمون وهذا دوامه الا اذا منعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع
بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع
لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على
الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ
فافترقا **قال** واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على
الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن
عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره **قال** واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض
في العوضين وتبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار
في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر و
الشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود
للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن
عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن
البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف
بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه

العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا
والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو
اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر
ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ
الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك قال فان
وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او
تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط
باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها
الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن
بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات
قال ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء
او قال اذا اديت الى النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان
الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين
مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا
ولهذا قلنا انه يرتد بالرد والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق
والعتاق فلا يتعداها **قال** والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه
ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة

لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف جائزة لان قوله
داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عليه السلام اجاز العمرى ورد
الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه
يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه
يتضمن اطلاق الانتفاع به **فصل في الصدقة قال** والصدقة كالهبة لا تصح
الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع
في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه
قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل
قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر ان يتصدق
بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه
الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى
ان تكتسب فاذا اكتسبت تصدق بمثل ما امسكت لنفسك وقد ذكرنا من قبل والله اعلم

كتاب الاجارات الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع
المنافع والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة و
اضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناها لحاجة الناس اليها وقد شهدت بصحتها
الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استأجر اجيرا
فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق

اضافة العقد

اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا و
استحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة
لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في
البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة
فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية
غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين
للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان
قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة
الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا
ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين
هو المختار **قال** وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته
او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب
ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة
معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار
والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على
المنفعة كما في الاجير الوحد ولا بد من بيان الوقت **قال** وتارة تصير المنفعة معلومة
بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه

وإذا رآه ما يتعلق بالموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الأجر متى يستحق قال لا تجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة إما بشرط
التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لأن
المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله
من البدل ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد
معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر
وإذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل من غير شرط
لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها
لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به
فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة
للتمكن من الانتفاع فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر وإن وجد
الغصب في بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها قال ومن استأجر داراً
فللمؤجر أن يطالبه بأجر كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة إلا أن يبين
وقت الاستحقاق في العقد لأنه بمنزلة التأجيل وكذلك إجارة الأراضي لما بينا قال
ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود
وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر
لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه

العمل

العمل ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة
إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال
وليس للخياط والقصار أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل لأن العمل في البعض غير منتفع به
فلا يستوجب الأجر وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا
قال إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته
قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور لأن تمام العمل بالإخراج
فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم فإن أخرجه
ثم احترق من غير فعله فله الأجر لأنه صار مسلماً بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لأنه لم توجد
منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل
دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم وإن شاء ضمن الخبز
وأعطاه الأجر ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغرف عليه اعتباراً
للعرف ومن استأجر إنساناً ليضرب له لبناً استحق الأجرة إذا أقامه عند أبي حنيفة وقالا
لا يستحقها حتى يشرجها لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله
فصار كإخراج الخبز من التنور ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفاً وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولأبي حنيفة
أن العمل قد تم بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل
إلى موضع العمل بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج
قال وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر

لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه
فضاع في يده لا ضمان عليه عند ابي حنيفة لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده
ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة
قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه
معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين
فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين
فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف
الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف
الهلاك وقد احياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا
الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه
فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به
من حيث انه تسليم فلا يسقط الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع **قال** واذا
شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه
فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستأجر من يعمله لان
المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد
مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده

اذا كانوا

اذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء
بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان
الاجر مقابل بالمسافة لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب
لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط
الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك المكان
وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استأجره ليذهب بالطعام
الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض
تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه
هناك قطع المسافة فافترقا والله اعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف
فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق
الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن
البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة
مقصودة معهودة فيها وللمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط لان الاجارة تعقد للانتفاع
ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع
في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع

[illegible]

ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها
متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء
لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان
يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي
ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة لانه
لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث
يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين
قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا
صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال
او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه
وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان
الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة
معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا
بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا
من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذا اذا استاجر ثوبا
للبس واطلق جاز فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها
غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب

ولبس

وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار و
ما لا يختلف باختلاف المستعمل فاذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد
غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا و
قدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر
او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول
وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها
قطنا سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد
يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره قال وان استاجرها ليركبها فاردف
معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب
الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا
يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل مقدارا
من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه
وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة
فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها
او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة [illegible] اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل
تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ
يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق [illegible] وان استاجرها

الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك
العارية وقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول
الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون
بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق
ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى
يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا
فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج
فنزع السرج واسرجه بسرج آخر يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول
تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن
فيضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار
مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان
اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف
بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا
على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل وله انه
خالف من حيث الجنس لان الاكاف للحمل والسرج للركوب وكذا
ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد
وقد شرط له الحنطة ومن استاجر حمالا يحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه

الناس

الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين
تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد
فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل
وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ
فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان حمله في البحر فيما يحمله الناس
في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف
معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب
اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا
الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض ومن دفع الى خياط
ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء
واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه
يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة
وعن ابي حنيفة انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه
فانهم يشدون وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي
الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم
في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امره بالقباء
قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست

من نسبه معرفة به فيجوز [illegible] والله اعلم

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال و
يفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي يجب
بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة
الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح
عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل
لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسه وهو الموجب
الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم
فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل
ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم والشهر
الواحد معلوم فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء
العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال
فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر
وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي
ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار
لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج
وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة

معلومة

صارت معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين
قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي
استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم
لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة
لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن
ابي يوسف وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام
يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثاني
بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال
ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة للاجماع
المسلمين قال عم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي
انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم باجر معلوم
فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث
لقوله عم ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا الاستئجار على
الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها
المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الاجير
لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عم اقرءوا القرآن ولا
تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان

الحذق موقوفا فلا يأخذ سوى الاولى الاجرة ... حصلت ومعنى ...
ولهذا العقد اهمية ولا يجوز له اخذ الاجرة ... تعليم القرآن والفقه ولان التعليم
مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح و
بعض المشايخ استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور
الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستئجار
على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق
بالعقد قال ولا تجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك وقالا اجارة
المشاع جائزة وصورته ان يؤاجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما
ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا
آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز
وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل
الذي يحصل به التمكن ولا تمكين في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ
فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد
وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وفيما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه
فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضر على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وفيما اذا آجر من رجلين
الشيوع طارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وفيما اذا آجر من رجلين
التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال ويجوز استئجار الظئر بأجرة

معلومة

معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان
جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع
وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق بطريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب
وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر
والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا
كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين عذر الحكم في الارضاع بلبن شاة
ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار
على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان
الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي
الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع
قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير
فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني اذا سمى
ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه
ولو سمى الطعام وبين قدره جاز لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان ويشترط
بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان
الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما
يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حقه

حق الزوج فلا يتمكن من ابطاله بحقهم الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به
صيانة لحقه الا ان لهم ان يمنعوه عن غشيانها في منزلهم لان المنزل حقهم فان
حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي
ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل
انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي
واصلاح طعام الصبي وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن
والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة
فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس
بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى لانه اختلف العمل قال ومن دفع الى حائك غزلا
لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة
لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه
وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد
كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر
وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا
بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستاجر
ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما
لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز

بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي
بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ
عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له
هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا
للعقد فيرتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة
معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني
ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة انه يصح الاجارة اذا قال
في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله
في الطلاق قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها
فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل
واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد
فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة
وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد
لان مؤاجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة
وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها
مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت

[illegible] لا يبقى منفعة [illegible]
الا انه [illegible] هو الصحيح لانه شيء منفعة في ابطال الحق قال وان استأجر ارضا
ارضا [illegible] على [illegible] قال [illegible] هو جائز [illegible] الاجارة [illegible]
[illegible] لان المنافع [illegible] الاعيان [illegible] جازت الاجارة باجرة دين
ولا يصير دينا بدين [illegible] لان الجنس بانفراده يحرم النساء [illegible] بيع القوهي
بالقوهي نسيئة [illegible] الاجارة [illegible]
ولا اجارة [illegible] بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام
بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام
كله فلا اجر له [illegible] لان المنفعة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
لان المعقود عليه [illegible]
[illegible] قال ومن استأجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض
تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف [illegible]

فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل [illegible]
[illegible] وهو قول زفر [illegible] فاسد [illegible] جائزا [illegible]
العقد وصار [illegible] او اسقط [illegible]
حمارا الى بغداد [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] فان زرع نقضت الاجارة [illegible]
[illegible] باب ضمان الاجير قال الاجراء على ضربين اجير مشترك
واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه
انما هو العمل او اثره [illegible]
[illegible] قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة
وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
امانة في يده [illegible] يضمنه

بناء على المقصود وحفظه لا يستحق شيئا لا بعض ... ولهذا ان الاجر كلا
المودع ما يجب ان يحفظ يستحق عنده مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف
في يد الاجير من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري
الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه قال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه
امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين
القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح
لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بعمل الغير لا
يجب الاجر ... لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه
عن التحرز ... بالاجرة يمكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره
ان شاء الله ... من صنعه قال الا انه لا يضمن به
بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان
الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة
وضمان العقود لا يتحمله العاقلة قال واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع
في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له
وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه اما الضمان فلما
قلنا واما السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار
فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء

148

لفوات ما ... الابتداء ... الوجه ... وجه آخر وهو ... الحمل ... حتى
واما ... باعتبار ... الى ... الوجه ... الا ... الاجر
ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال ولا ضمان على الفصاد
والبزاغ والحجام اذا لم يتجاوز الموضع المعتاد ... على ... ذلك
... باذن ... صفة ... عبدا ...
... واحد ... وجه ...
يبتنى على قوة الطباع وضعفها ... التقييد بالمصلح من العمل
ولا كذلك ... التحرز عنه ... لان ... الثوب ... الاجتهاد
فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة
وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه
ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا
يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده
ولا ما تلف من عمله ... اما الاول فلان العين امانة في يده لانه
... وهذا ظاهر ... لان ... الاجير المشترك ...
... والاجير الوحد ... الاعمال ...
... صارت مملوكة للمستأجر ...
صح ...

باب ...

على احد الشيئين اذا قال للخياط ان خطته فارسيا فبدرهم وان
خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر وكذا اذا
قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا
خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة
وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا
او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز
والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع بينهما دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط
الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرة انما تجب بالعمل وعند ذلك
يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه
لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته
غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة
لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم
وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء
واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على سبيل البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل
وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد
للتعليق حقيقة فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود
فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم

على التا

149

على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك
يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل
لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على
درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر
لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث
فلا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى
الغد فبالزيادة عليه اولى ولو قال ان سكنت هذا الدكان
عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل
استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة وقالا الاجارة فاسدة وكذلك اذا استأجر بيتا على انه
ان سكن فيه فبدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية
فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حملها
كر شعير فبنصف درهم وان حملها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة
وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو
مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل
وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة
وله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما

مسئلة ان وقت والعارية وهذا لان في مسئلة بعضه بخلاف مسئلة الحلاوة
الاولى انه لا بد حتى ذلك بطلان العقد وكذا اجرة الغاصب في الاجارة لعقد لا تثبت في
وعقده يرجع بحاله عادة اذا صح الا الايجاب بعد وانه لم يحل الاجر من التسليم

باب اجارة العبد

ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط
ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل
السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كسكنى الدار والقصار في الدار ولان مؤنة
الرد ... بخلاف ...
ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فاعطاه الاجر فليس للمستأجر ان ياخذ منه
الاجر لان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل وفي القياس لا تجوز
لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان انه
ما صح على اعتبار الفراغ سالما ... على اعتبار الهلاك ...
ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل مال الغير
بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر ...
وهو غير محرز ...
وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر
في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ سالما ...

عبدا هذين

150

عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة جاز والاول باربعة
لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة
فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر
ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستأجر ابق او مرض حين اخذته وقال
المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح
فالقول قول المؤجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بتحكيم الحال اذ هو دليل ظاهر على
ما ... وهو الصحيح ... وهو نظير مسئلة الاختلاف في جريان ماء
الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

واذا اختلف الخياط وصاحب
الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب
الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصانع لا بل امرتني اصفر
فالقول قول صاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل
الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به
لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما قدمنا اي انه بالخيار ان شاء
ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء
ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى
في بعض النسخ ... ما زاد الصبغ فيه ... وان قال صاحب
الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه

لانه يمكن تقويمه بعد اي بعد تقويم المعقود عليه ويمكن الضمان والمصالح بعد عيب وقوله
فوق الطحن وقال ابو يوسف ان كان الرحى حجرين وادى حصل الانتفاع ولا يجوز الا
الا لا يبقى ما بينهما العيب جهة الطحن حجريا معتادا وقال محمد ان كان الحجر
معروف القسمة بالاجرة في القول لانه ما يحتاج الى الوقت لا الاجرة يجري في كل
بحرى التنصيص على الاجرة اعتبار الطعام والقتيل ما قال الوصية لانه مسلم و
يجوز على اخر فيها ان الطعام الدرع وصاحبه الا الا جعفري باب فسخ الاجارة
قال ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع
وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم
المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل
المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او
انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه
قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر
ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ وهو الاصح لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور
عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر
وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به
لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء المعقود عليه قال واذا مات احد المتعاقدين وقد
عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير

العاقد

العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها
لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه قال
ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه
بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر ففي تسليمه
الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز
اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا
يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن
في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا لا يجبر المستأجر على القبض اذا انهدم
بعض الدار قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي لا تفسخ
الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه
العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو
عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا
وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استأجر طباخا
ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد
لم يستحق بالعقد وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر
دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي
العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد

هو الحبس على انه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه
يفتقر الى القضاء في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير
النقض وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج
الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد
بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال
اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان العذر غير ظاهر كالدين يحتاج
الى القضاء لظهور العذر ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى
على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او
للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب
على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروى
الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن
اجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد انما يفوته الاسترباح
وانه امر زائد واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر
بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه
اما الذي يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان
اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام في ناحية
للخياطة وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركه ويشتغل بعمل آخر حيث

جعله عذرا

جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل
شخصان فامكنهما ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى
عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكذا
فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما عرف انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا اجر العقار ثم
سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر
السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر
مسائل منثورة قال ومن استأجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد
فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه
حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت
مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد الخياط
او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه
في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة
فيما يحصل ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي
القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان
المقصود الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف الى المتعارف
فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال الحمل فهو
اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا قال وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا

من آزاد وفاعل منه ... حاجز ان يزيد عوض عن مال الكل لانه حق عليه ...
في تحصيله ... ولفظ الكتابة ... فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ...

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما
الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء
وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما
الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان
يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه
مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق بادائه
وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما
في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا
ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم
في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال
القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير
شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع
في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من

القدرة

على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام ...

القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان
مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق قال ويجوز كتابة
العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول
والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا
بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد
حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا
تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت
رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا
كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب
وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة
قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده
فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود
الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى
واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم
ذلك بتنجيز العتق ويتحقق بتأخيره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في ذمته حق
من وجه فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه
الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر

لانها صارت احق بمنافعها ... توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل
من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء وان عين
وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لانه
كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يكن كذلك لا يحصل الغرض المبتغي وهو حصول العوض
المبتغى بالعقد وحصول الحرية **فصل في الكتابة الفاسدة** قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر
او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال
في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا
فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة لانه لا يتعين على ما هو مقتضى
العقد الكتابة لانه موجب على القيمة **قال** فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق
الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة
ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة انه يعتق باداء عين الخمر
اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب
عبده على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة
ان الخمر مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء العوض
المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فيعتبر معنى الشرط
وذلك بالتنصيص عليه وان ادى عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه
رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع

قال وان

154

قال وان ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك
المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي
بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتب على قيمته
يعتق باداء القيمة لانه هو البدل ... اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة
في القدر ... فيما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف
على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته **قال** وكذلك
اذا كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين
حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات
فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه
وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة موهوم فاشبه
الصداق قلنا العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط
الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة
على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع اولى فلو اجاز صاحب
العين ذلك فعن محمد انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي
انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب ... بينهما ان لا ينفذ
ملك المكاتب ... المقصود لا بها يثبت له حق المال ... على ما اذا كان
البدل عينا معينا والمسمى ... وعن ابي حنيفة انه يجوز اجازة ولكن لا يجب

كتاب

غير ان عقد الاجارة يوجب تسليم عينه وعقد الكتابة يوجب تسليم قيمته
ونحا مع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين ودفعه يعتق وعن
ابي يوسف انه اذا ادى لا يعتق وعنه انه لا ينعقد العقد الا اذا قال
اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف انه يعتق
فان ذلك وقت الايجاب لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط
ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الاعيان وقد
عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال وان
كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى اليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل
منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف
الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى
العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذا مستثنى قال وان كاتبه
على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع
والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم
يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين
الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة
البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع

ولنا انه

ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فيشبه النكاح
والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة قال واذا كاتب
النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها
في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك
الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا
ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما قبل قبض المبيع على ما قال البعض لان
القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف فاتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز
ان يبقى العقد اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال فاذا قبضها عتق لان
في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد
وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام
الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية
التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى المقصود وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء
من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع
بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال
فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف
مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط

وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد ومثله لا يفسد الكتابة وهذا
لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلبه وهو
ما إذا دخل في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه
هذا لأن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك
وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقا في حق هذا الشرط والإعتاق لا يبطل بالشروط
الفاسدة قال ولا يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك
ضرورة التوصل إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة إليه ويجوز بإذن المولى لأن
الملك له ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير لأن الهبة والصدقة تبرع وهو
غير مالك ليملكه إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بدا من ضيافة
وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه
ولا يتكفل لأنه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه
نفسا ومالا لأن كل ذلك تبرع ولا يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب
فإن وهب على عوض لم يصح لأنه تبرع ابتداء فإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب المال
فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك إن كاتب عبده والقياس أن لا يجوز
وهو قول زفر والشافعي لأن مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال
وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع وقد يكون
أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه

والوصي

والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له وهو المكاتبة بخلاف الإعتاق
على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فإن أدى الثاني قبل أن يعتق الأول
فولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة فإذا تعذر
إضافته إلى المباشر لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئا
فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه لأن المولى جعل معتقا
والولاء لا ينتقل عن المعتق وإن أدى الثاني بعد عتق الأول فولاؤه له لأن العاقد
من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له قال وإن أعتق عبده على مال
أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه أما
الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض
والثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل
رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر
قال وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لأنهما يملكان
الاكتساب كالمكاتب ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواها
والإعتاق بقربة قال فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد
وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك
شركة عنان هو قاس على المكاتب واعتبره بالإجارة ولهما أن المأذون له يملك
التجارة وهذا ليس بتجارة فأما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولأنه مبادلة

بالمال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال و
لهذا لا يملك هولاء كلهم تزويج العبد وقد مر **فصل** واذا اشترى المكاتب
اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق
فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك عتق
عليه **قال** وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة
وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان
في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد
حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غير هذه القرابة حتى لا تجب نفقة
الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد
فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا
من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه
قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه
اذا كان معها ولدها واما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها
فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك
الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة وله ان القياس ان
يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل
الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء على ثبوته

الولد و

الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له
دخل في الكتابة لما ذكرنا في المشترى وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه
ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع عنه بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت
المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير
والاستيلاد **قال** ومن زوج امته من عبده المكاتب ثم ولدت منه ولدا دخل في كتابته
وكان كسبه له لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية **قال** وان
تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها
عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن له مولاه بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت
هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما
انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية
وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق
المولى هناك مجبور بالقيمة ناجزة وههنا بالقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى
على الاصل ولا يلحق به **قال** واذا وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى
ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ
به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى
لان التجارة وتوابعها داخلة في الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء

لا يسقط بحده وما لا يسقط بحد طريق العتق اما لم يظهر في حق الفصل الثاني لان
الملك لا يبقى الا انه في شئ من مقتضى الكتابة كما لو قال **قال** واذا مات
المكاتب جارية تعتق او مدبرا ... ولم يقدر ... بالعتق في المكاتبة ولكن العبد ...
لا يسمى بان المكاتبة قال الشرطي ... الصحيح ... اي سبب او الكتابة
والاول ان ينتظر انه ... من ظاهر في حق المولى وعندهم **فصل**
واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان
شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقاها جهتا حرية عاجل ببدل واجل
بغير بدل فتخير بينهما وثبت نسب ... وهو حر لان المولى يملك الاعتاق
ولدها وما ... الملك ... الحسن ... وما الحرية واذا مضت على الكتابة
اخذت العقر من مولاها ... بمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات
المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا ادى منه
مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية
على الولد لانه حر ولو لم تلد وولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي الحرية ...
لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى
بعد ذلك عتق وبطلت عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها **قال**
واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة
ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فاذا مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها

بموت السيد

بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عنده
فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لا ... البقاء
من غير فائدة غير انه يسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل
وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الكتابة تنفسخ بالنظر اليها ... نظر لها
قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية **قال** وان كاتب مدبرته جاز
لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان
مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال
الكتابة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما وقال محمد تسعى
في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار وابو يوسف
مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الخيار فمفرع على تجزي الاعتاق
والاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين
معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة
ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد
انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى
انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار
كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط
منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة ومعنى ولكنه مقيد بما ذكرنا

معنى ولد الولد لانها استحقت حرية نفسها ظاهرا او باطنا مع ان الاولاد لا يقدم

الاول بمقابلته ما استحق حريته وصار رقها او اطلق امراته بخمسة من ملكهما الف على الف

كان جميع الالف بمقابلة الواحدة لما بقيت لولا الاولاد لكن هنا ما احلى وجاز الكل

بمكاتبة وهي لما الذي عليه لان البدل مقابل بالكل اولا لا اعتاق عنده في حق

فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بيناه وله الخيار ان شاء مضت

على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة

في جانب المملوك فان مضت على الكتابة فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان

شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما

فالخلاف في هذا الاصل في الخيار فاما المقدار فمتفق عليه وقد بيناه قال واذا

اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه

الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى

لكنه تفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكتساب له لانا

نبقي الكتابة في حقه قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة

معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال

فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه

لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربوا

عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

159

وكان ربوا الا انه من شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة

وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي

الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي

الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا

خالع المريض امراته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل فكان له ان يؤجل

المسمى ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة يتعلق بالمبدل فكذا بالبدل

والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث جميع المال بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل ما

يتعلق به حق الورثة بالمبدل حتى يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة

آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري ادّ ثلثي

جميع الثمن حالا او تنقض البيع والا في فصل البيع وعنده يعتبر الثلث بالقدر القيمة

فيما زاد عليه لما بيناه قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة

ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر والتاخير

فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان

ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك

على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط

واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني

ان اديت الف فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق

لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف لزوم
في حق ما هو صورة مسئلة الكتابة لو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لأنه متبرع
وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب
عتقا ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب
وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لأنه له ولاية عليها ويتوقف في حق الغائب
لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه أصلا في
العقد والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعا
حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به
الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لأن البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب
من البدل شيء لأنه تبع فيه قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول أما الحاضر
فلأن البدل عليه وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه وصار كمعير
الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه
قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه
وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه شيء والكتابة لازمة
للحاضر لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره
فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال وإذا كاتبت الأمة عن
نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول

ويعتقون

ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بيناه
في المسئلة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي **باب كتابة العبد المشترك** وإذا كان
العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض
بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة
وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده
خلافا لهما بمنزلة العتق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه للتجزي وفائدة
الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وإذنه بقبض البدل
إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما
الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل في النصف ووكيل في النصف
فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال وإذا كانت جارية بين
رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد
فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام
الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لأن الكتابة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك
فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر
صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن
وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق
ويضمن لشريكه نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة

مشتركة ويضمن نصف عقرها قال عتق لو وصحت الولادة ويكون ابنه لانه ... لم يحضر له نصيبه
لم تصر لانه حين وطئها كان ملكه في الكل فكانت ام ولد له وتثبت نسب ولد الآخر وعليه ما عرفه
ثقة وحرمة الولد الغير حقيقة فيه قال فان عجزت وعجزوا المكاتبة صارت لان
الكتابة ما دامت باقية تمنع نفسها لا تقضي حصة الشريك فيبطل واذا عجزت
تردد الى المولى الاول احصنها وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقالا هي ام ولد للاول
فلا يجوز وطي الآخر لانه ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية
الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ
فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وقد
مع المكاتبة لانه لا يجوز ابطال الكتابة اذ المكاتب لا يرضى ببقائه مكاتبا
صار كلها ام ولد للاول ووطي الآخر ولا الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه
بالقيمة عنده لانه لا يحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطي لا يعرى عن احد الغرامتين
الغرامتين وان بقيت الكتابة وهي كلها مكاتبة له قيل يجب عليه نصف البدل
وقيل يجب كل البدل لان الكتابة صحيحة وهو الاصح لا يسقط بعض البدل ويسمى بحكم البدل
الكتابة الصحيح الا في حق الملك فنظيره نصف البدل ولو القاه حتى يعلم
اعطى والدان لا يعتبر المكاتبة ليسقط والمكاتبة من الحر بعطي العقر لا حصة كان بدلا عن نفعها
ولو عجزت وردت الى الرق فالولد للمولى حصة كانت ما بينا قال ويضمن الاول الشريك وضمن
قوله ضمن نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا

لانه ضمن

161

لانه ضمن ان تملك وهو قول محمد الاول من نصف قيمتها ومن نصف ما لقي مرتبة
المكاتبة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار
الاداء فلم يصر وهذا ما يرى الفقهاء قال وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم
عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك لما انهم ملكها الاول بالاستيلاد لما بينا
وعجزها فان عتقها فلا يعتبر الآن تملك نصيبها ووقت الوطي حتى يعتبر ان تعتبر
ملكه حيث يصادف بالتدبير الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر وهي ام ولد
للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن الشريك نصف عقرها
لو وطيء جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو مكاتب
بالقيمة والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام الملك وهذا قولهم جميعا وجه
ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه
نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لان المكاتبة
ورثت في الرق فكانها لم تزل قنة والجواب فيه على ما تقدم في العتق وهو مختار
وغيره كما هو مشكل بجري الاعتاق وعند قولهما هو الاعتاق فان قال العجز عليه له
نصف ملوح عندهما لان الاعتاق لما كان يتجزئ عنده كان المشتري ان يجب
نصيبه غير المعتق كما لو كاتب وقد تغير نصيب صاحبه لانها مكاتبة وكذلك عندهما
وعندهما لما كان لا يتجزئ يعتق الكل حالة اعتقه في نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او معسرا
العبد ان كان معسرا لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين

ودبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصيبه
وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر
لم يضمن المعتق لان المعتق [illegible] او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى
عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت له خيرة الاعتاق
والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء
اعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه وان [illegible] نصيبه
نصيبه له خيار العتق والاستسعاء كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان
الاعتاق صادف المدبر [illegible] ثم يعرف [illegible] بتقويم المقومين [illegible]
[illegible] وهو [illegible] لان المنافع انواع ثلثة البيع وشبهه والاستخدام وامثاله
والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث [illegible] لانه لا يملكه [illegible]
لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصبه [illegible] او ابق وان احتاطوا [illegible]
او لا يكون [illegible] عنده [illegible] ودبره [illegible] لان ما [illegible]
[illegible] وذلك [illegible] الاعتاق [illegible] لان المدبر [illegible]
وقالا اذا دبره احدهما فعتق [illegible] لانه لا يتجزى عندهما [illegible] نصيب صاحبه
ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا [illegible] ملك [illegible]
ويضمن نصف قيمته [illegible] المدبر [illegible] وان اعتقه احدهما او لا [illegible]
لان الاعتاق لا يتجزى [illegible] المدبر [illegible] ويضمن نصف قيمته [illegible]

موسرا

موسرا او يسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف
باليسار والاعسار [illegible] باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم
عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلثة نظرا للجانبين
والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار [illegible]
[illegible] وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا
[illegible] وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه
اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق
حتى كان [illegible] وحالة الوجوب بعد حلول النجم [illegible]
[illegible] [illegible] [illegible]
[illegible] او نجم واحد [illegible] ان يعجز [illegible]
[illegible] حلول النجم [illegible] اليومين والثلثة
لا [illegible] [illegible] [illegible]
[illegible] قال [illegible]
نجم [illegible]
[illegible]
[illegible] قال [illegible]

لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه
كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال وان مات المكاتب وله مال
لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث
لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله
وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه لان المقصود من
الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما
ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا والاول باطل لعدم
المحلية وكذا الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا وجه الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال
والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو
المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان
حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل
حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه
وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا
مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته
وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا
ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالا او ترد رقيقا عند ابي حنيفة
وقالا يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا

ملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق
ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل
لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه
متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه قال فان اشترى
ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية
ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان
هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا
كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال
فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به
على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان
من قضيته الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق
فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام
وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء
مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على
موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه
فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه
ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق

الإشارة النبوية فيما قال عليه السلام في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا
هدية وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح
فلم يتبدل الملك فلا يطيب نظيره المشتري شراء فاسدا إذا أباح لغيره لا يطيب ولو ملكه
يطيب ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب عند محمد ظاهر لأنه بالعجز
يتبدل الملك وكذا عند أبي يوسف وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لأنه لا خبث
في نفس الصدقة وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة
ولم يكن بإذنه من قبل الأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه
والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا إذا أعتق
المكاتب يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه
ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدى لأن هذا موجب جناية في الأصل ولم يكن
عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع
فإذا زال عاد الحكم الأصلي وكذا إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع
فإن قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة إلى القيمة
بالقضاء وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقد رجع أبو يوسف إليه وكان يقول أولا يباع فيه وإن عجز قبل القضاء
وهو قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت
موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت
الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض

يتوقف

يتوقف الفسخ على القضاء للتردد والاحتمال بخلاف التدبير والاستيلاد لأنهما
لا يقبلان الزوال بحال قال وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي
إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له أد المال
إلى ورثة المولى على نجومه لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة
ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه
لأنه لم يملكه وهذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وإن
أعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم و
قد جرى فيه الإرث وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى
إلا أنه إذا أعتقه الوارث لا يصير إبراء عن نصيبه بل يجعل إبراء اقتضاء تصحيحا
للعتق وهو الإعتاق لا يثبت بإبراء بعضهم أما الإبراء عن المكاتب إلا عن بعضه ولا
عن كله ولا يصح إبراء الكل بحق لما مر وارث

كتاب الولاء

الولاء نوعان
ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له
وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة
والحكم يضاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي عليه السلام
تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف
مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال وإذا أعتق المولى
مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ولأن التناصر به فيعقل عنه وقد أحياه

معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويعقله الاولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المراة

تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها وترك بنتا فجعل النبي عليه السلام المال بينهما

نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال او بغير مال لاطلاق ما ذكرنا قال وان شرط

انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لانه مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى

المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو

الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته

لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات

اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم

محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج

عبد رجل امة لاخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها

وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها

يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت ولدا

لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما [illegible]

اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا [illegible] اذا والت رجلا [illegible]

والى غيره [illegible] يكون ولاء الولد [illegible] لان الجنين [illegible]

لان [illegible] قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه

لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها [illegible] فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق

حتى يعتق مقصودا

حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب لان

العتق هاهنا في الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء

لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة

الى موالي الام كان لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة

ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب الولد اليه بخلاف ما اذا

اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت

او الطلاق حيث كان الولد لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد

الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا

بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا

وعلى هذا قالوا اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم

على موالي الام لانهم عتقوا تبعا للام ولا عاقلة لهم ولا موالي فالحقوا بموالي

الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى

نفسه ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوا كان الولاء

ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة

اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت

مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم

بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة قال رض

وهو حر لمعتق الحر وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب الى الآباء كما لو كان الاب
عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر
في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم
ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان
الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما ان تناصرهم بها
فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة
العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج معتقة ثم اسلم النبطي ووالى
رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف
مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار
كالمولودين من اصحاب الموالي ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى
يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان
معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان
النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام
للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك
وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث
النبي عليه السلام ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث فاذا كان عصبة
تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب

فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه
وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال
فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب
فللمعتق لانه اولى اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد
فرضه لانه عصبة على ما رويناه وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسب
وللمولى الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه
لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن
او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخره او جر
ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها
فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان النسب الى الاب
وشرف الاب اما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا
على بني المولى بل هو للعصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه
من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد
لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة
عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق
على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر
بني ابن آخر فالميراث للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة

منهم عمر رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم اجمعين وغيرهم ومعناه اقرب منا
قالوا او العقلين اقرب فصل في ولاء الموالاة واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه
ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث
وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت
المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن
للموصي وارث لحق بيت المال والاصح في المختلف وسماع قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم
فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه
فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين
هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم
المستحق لا انه مستحق قال فان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او
غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث
ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرط
ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال
وللمولى ان يتحول عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا
للاعلى ان يتبرأ عنه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر
الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ
حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه عنه لانه

تعلق به

تعلق به حق الغير ولانه قضي به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة
وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم
في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع
بقائه لا يظهر الادنى والله اعلم كتاب الاكراه قال الاكراه يثبت حكمه اذا
حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل
يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق
اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان
عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما
ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة
وبرهان وفي زمنه لم تكن القدرة لغير السلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم
بشرط قدرة المكره يتحقق الاكراه ايضا يشترط خوف المكره وقوع ما هدد به وذلك بان يغلب
على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او
على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب
الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع
بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم
او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان رجلا صاحب منصب

يعلم انه لم يتعرض به لفوات الرضا وكذا الاعراض [illegible] حتى ينفسخ العقد [illegible]
حينئذ الملك في عقد الاكراه حتى انه يكون له [illegible] او ابراء [illegible] قال زفر رحمه الله
الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز
جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله
مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة
فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز
ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي
ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق
بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل
حق الاول لحق الثاني قال رحمه الله ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع
المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا
لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله
جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال
فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف
وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة
بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود

المكره

المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد
ما هو الكمال فجعل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه مكرها
فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد وان هلك
المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه
بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف
فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب
فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل
شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه
ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك
المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد
الكل الى الجواز والله اعلم فصل وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر
اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على
عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا الدم
ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما ابيح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها
ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يرخص
له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو
آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة

وعن ابي يوسف انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة
قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان
اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة
خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال
وان اكره على الكفر بالله تعالى او سب رسول الله عليه السلام بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك
اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء
ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال واذا خاف
على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان
فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف
وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى
الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان
حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه
قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك
حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان
الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان
اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل
ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال

ان يضمن

ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل
وان اكرهه بقتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان
آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص
على المكره ان كان القتل عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره
وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة
وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه
وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجب على المكره ايضا
لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص و
لابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه
نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته
فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه
فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح
شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال وان
اكره على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر
في الطلاق ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه
فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج
الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه

قال ويرجع بنصف مهرها ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع
على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها
وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه
اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل
بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر
الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا
مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم
احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه
طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها
بالالتزام وان كانت هي المكرهة دونه وقع الطلاق ولا يلزمها البدل لعدم رضاها بالالتزام
قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقالا لا يلزمه الحد
وقد ذكرناه في الحدود قال واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق
بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك
فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك
وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل
الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام

حيث يصير به

حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه
يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره
على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي
اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة
لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت
ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به
حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام
ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى
للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي بانت منه ديانة
وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله اعلم

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف
العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله
غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا
يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه
الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق
قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه
اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي نظرا له

نظرا له بتحصيل مصلحته فيه ولا بد ان يعقل البيع ويقصده وان لم يكن لا يرجح
المصلحة على المضرة لا يوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل
البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا
عن غيره كما بيناه في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ
على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم
الاهلية او لضرر المولى فوقفناه **قال** وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون
الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجود
بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات
كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال**
والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بيناه ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما
لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمجنون والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة
ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم
التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على الاجازة ولا ينفذان
بمباشرة الولي بخلاف سائر العقود **قال** وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه
وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه
والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بيناه **قال** فاما العبد فاقراره
نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه

لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله **قال** [illegible]
لانه بعد حجته لوجود الاهلية وزوال المانع [illegible] القصاص الا انه وان
اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه
بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولانه لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق
ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت
منافعه فينفذ والله اعلم **باب الحجر للفساد** **قال** ابو حنيفة لا يحجر على الحر
العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله
فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يحجر على السفيه ويمنع
من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له
اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا
منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة انه
مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته
والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان
في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما
يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه
في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء
آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد بدون الحجر لان غالب

السفه في المعاملات الناس والفساد كما هو وقف تقف على البيد واو الحجر القاضي عليهم ورفع
الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه
لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان نفس الحجر قضاء يحتاج الى فلا امضى الآخر قضاءه
جاز ولو رفع تصرفه بعد الحجر الى الذي حجر او الى غيره فنقضه بطل لان تصرفه وقع
رجع الى قاض آخر فنفذ ابطاله لان الاول الا ... فيه فصل النص نفذ لكم لم ... [illegible]
او بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة وان تصرف
قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد
وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان ... [illegible]
السفه ... [illegible] ... مع المال عنه بطريق ... [illegible]
... بعد هذا الامر ... الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن ... [illegible]
... ولان المنع باعتبار اثر الصبا ... او الى البلوغ ... [illegible]
فلا يجوز المنع ... فان ... ولو بلغ رشيدا ثم صار سفيها ... [illegible]
... [illegible] ... قول ... عند ... [illegible]
... [illegible] ... الحجر ... [illegible]
... التصرف عنده ... [illegible] ... الحجر ... [illegible]
الذي ... [illegible] ... عنده
لان الحجر ... [illegible] ... الا انه يبلغ ... [illegible]

اذ الغلام

اذ الغلام ... [illegible] ... او بلغ رشيدا ثم صار سفيها ... [illegible]
... عند ... [illegible] ... لا ينفذ ... [illegible]
... [illegible] ... الحجر ... [illegible]
... [illegible] ... الا ... [illegible]
السفيه ... [illegible] ... عنده ان الحجر ... [illegible]
... لا ينفذ ... [illegible] ... الاطلاق ... والاعتاق ... [illegible]
من السفيه اذ ... [illegible] ... العبد ان يسعى ... لان الحجر ... [illegible]
العتق الا انه ينفذ ... [illegible] ... الحجر ... [illegible]
لانه لو ... [illegible] ... المعتق ... [illegible]
... [illegible] ... الموت ... [illegible]
لانه ... العتق ... [illegible]
على ... [illegible] ... بعد ... [illegible]
مدبر ... [illegible] ... التدبير ... جارية ... [illegible]
وكان الولد حرا والجارية ام ولد له ... [illegible]
... [illegible] ... ام ولد ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible] ... جارية ... [illegible] ... جاز ... [illegible]

ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات
النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة
وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب النصف في ماله لان التسمية صحيحة
الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا **قال**
وتخرج الزكاة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته
ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق
على ذوي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع
قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه
كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج
الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه
وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك
ما يجب ابتداء بغير فعله **قال** فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى
من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج
كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء
في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر
لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف
اذ عند ابن عمر رضي الله عنه لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب

وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان النظر له فيه وهي حالة انقطاعه عن امواله
والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى
قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء
وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية
والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الآية وقد اونس منه نوع رشد
فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا
للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما بالغفلة وهو قول الشافعي
وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد
ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام
والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة وقالا
اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول
الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشر ويتم له ثماني
عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع
عشرة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا
مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة
لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة

لما في الحجر

الفاشية ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده
واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي وهذا اقل
ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوءهن وادراكهن اسرع
فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها
المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امر البلوغ فقال
قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما
ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض
باب الحجر بسبب الدين قال ابو حنيفة لا احجر في الدين واذا وجبت ديون
على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته
فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه
تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في ايفاء دينه ايفاء
لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه
من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له
وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه
من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم
فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص
عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه

في الجب

في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق
متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف
ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون
مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا
بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه على ذلك
وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة
استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه
جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة
فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن
ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها
اما النقود فوسائل فافترقا قال ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ
بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون
ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه
اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء
الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم
بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه
لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته

وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء
ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها
اسوة للغرماء قال وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا
مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه
في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة
انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان
له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من
الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية
وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى
قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف
والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال
ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه
الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس
عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده لا يتحقق القضاء
بالافلاس لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق
الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة
اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل

هو العسرة

هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور
معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس
على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار
المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره
الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله
داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كانت الديون لرجل على امرأة لا يلازمها لما فيه من الخلوة
بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه
ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري
بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم
المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس
يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق
وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين تتحقق مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب
اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط
الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه
الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا
تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو اذن لعبده
يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت
بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا
لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا
صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه ماذونا له فيعاملونه فيتضرر به لو لم يكن ماذونا
ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا
عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسألة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده
ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل
التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش
عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالغبن الفاحش بمنزلة التبرع حتى اعتبر من الثلث من المريض
فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر
وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه
دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا
وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة
والا فاردد البيع كما في الحر قال وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء
لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء
ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض

مزارعة

مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح
قال رسول الله عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة
وياخذها لانه من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك
العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك
التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا
يحصل مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح قال فان
اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي
لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر
لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم
وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه كالمضارب ولنا انه
اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع
دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم
هو التصرف الملك ويرجع بالعهدة حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة
وما لزمه من ذلك لا يرجع على المالك قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون
لانه استخدام ومعناه ان يامره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه
لو صار ماذونا بهذا لانسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر كذا او
ادّ الي الفا فانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب ولو قال اقعد صباغا او

او نقصانا لانه اذن بشراء ما لا يتغابن فيه وهو نوع تصرف فاقتصر على الاول ولكنا
قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من
توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا
كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين
الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال
وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف
يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة
وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب
والشريك شركة عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين
عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل
بالكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملكه بالكتابة فالاعتاق اولى قال ولا يقرض
لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك
تبرع بصريحه ابتداء او انتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان
يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجار استجلابا لقلوب
المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته
وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه

على ذلك

على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر
يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف
ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط
التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير
عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء
لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة
التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى
وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه بالاجماع لهما ان غرض المولى
من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلقه بالكسب
حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك
لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجنايات لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب
في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك
والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن و
تعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه يصلح غرضا للمولى
وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما
غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه
يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها

[illegible]

كالبيع والشراء والاجارة [illegible]

[illegible]

قال [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

قال [illegible]

[illegible]

امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقالا لا يجوز
اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان
اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره
او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان
المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية
حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها
بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل
باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف
ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم
الملك ولهذا كان للمشتري ان يمنعه من ابتياعه لغيره قال واذا لزمته ديون تحيط
بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا
يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته
ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية المأذون لها وهذا آية كمال الملك وله ان
لا يخلف الملك له نظرا للمورث ونظيره عبد احاط الدين بتركته فانه
لا يملك المولى ما في يده نظرا للعبد ولان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد
عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها
فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرع عليه اذا نفذ

بها

عتقه عند ابي حنيفة رحمه الله للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا
بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله
دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن
ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع شيئا من المولى
بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان
لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف
ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة
تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية
لا غير فافترقا وقالا اذا باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة
وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجهه
ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي
بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر بازالتها لان البيع
باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه
تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع
من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا ومن المولى يجوز ويؤمر
بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى
ولا اذن في البيع من الاجنبي وهو آذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة

لحق الغرماء وبخلاف ما اذا حابى قال وان باعه المولى شيئا بمثل
القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه ولا
تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في ملك المولى ما لم يكن فيه ويتمكن
من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له ذلك وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم المبيع اليه
قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس ولو بقي بعد سقوطه
يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده دينا فلهذا لو كان الثمن عرضا كان له
وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن
جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون
للمولى حق في الدين اذا كان متعلقا بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة
المحاباة او ينقض البيع كما بيناه في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء
قال واذا اعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه
باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه
وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر
ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير
لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما
ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم
فلا يضمن شيئا وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه

فان شاء

180

شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم
حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع
والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيتخيرون في التضمين وان شاءوا اجازوا
البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما
في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون
حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كا
لغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك
ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء
ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته
وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت
هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل
ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال وان كان البائع
غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى
دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له
وعنه مثل قولهما في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما
لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء

على الغائب قال ومن قدم مصرا فقال انا عبد فلان فاشترى وباع
لزمه كل شئ من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر
فتصرفه دليل الاذن اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر
هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع في كسبه
لان الكل حق المولى [illegible] العبد
فان حضر فقال هو مأذون بيع العبد في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى
وان قال هو محجور فالقول له لانه متمسك بالاصل **فصل** واذا اذن ولي الصبي
للصبي في التجارة صح منه البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء
حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه باق ولانه
مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا [illegible]
كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله
فتحقق الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء [illegible]
ولنا ان التصرف مشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه
ما عرف تقريره في الخلافيات [illegible]
الماذون الولي [illegible]
[illegible] كالطلاق والعتاق [illegible] والنافع المحض كقبول
الهبة والصدقة [illegible] قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا

بعد الاذن

بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على الاجازة من الولي لاحتمال
وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه [illegible] والولي الاب ووصيه ثم الجد ثم وصيه
والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط في
تعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان
ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف
بأهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا
بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية
كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي
يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا بإذن الاب والوصي والجد دون غيرهم
على ما بيناه وحكمه حكم الصبي **كتاب الغصب** الغصب في اللغة اخذ الشئ من الغير على
سبيل التغلب [illegible] وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير
اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس
على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد
فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل
والموزون فهلك في يده فعليه ضمان مثله [illegible]
او واجب المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان
المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته

يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم
الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد
السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة
بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع
ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه فله ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم
الخصومة بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته
عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه
لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان
اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط
بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما
على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا
ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها
بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال
في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض
الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى
هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين
والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن

متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو
القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان
ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن
ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق
الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب
اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك
لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن
المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسالة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان
هنالك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه
ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين
ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر
بذلك والمشتري منكر ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال
واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق
بالفضل قال رضه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتصدق بالفضل وسنذكر
الوجهين من الجانبين ان شاء الله تعالى قال واذا هلك النقلي في يده بفعله او بغير فعله ضمنه
وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان

العين وحلت في ضمانه بالغصب الى اوان [illegible] عند [illegible]
[illegible] لهذا [illegible] ان نقص [illegible] لانه
وجلي جميع اجزائه في ضمانه بالغصب [illegible]
[illegible] مكان الغصب لانه عبارة عن [illegible]
ضمان عقد اما الغصب [illegible] بالفعل لا بالعقد [illegible] قال
رضي الله عنه ومراده [illegible]
الاصل لانه يؤدي [illegible] قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان
لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق
وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير [illegible] انه حصل في ضمانه وملكه
اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا ولهما
انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع
يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد
في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل
المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه
ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء
الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج
اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت [illegible]

وان كان

وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية
فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف فانه يتصدق
بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في
المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مر
الدلائل وجواب المسئلة في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام
سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما
لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق
انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها
واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال
الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق
الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو
المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى بالالف
جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهما
لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس فصل فيما يتغير بعمل الغاصب واذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها
وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها
وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية [illegible]

مع الحرقة

اللوح او خوف سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في
حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض
وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها
بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور
وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار
فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار
كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب
طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف
المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد
قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين
قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه
فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال
رحمه الله ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه
تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب
الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين
وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة
وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا

والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له
اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب
الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك
من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت
الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا
ويكونان له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه
قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض
بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه
فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن
فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب
وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه ان
يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان
التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما ذكرنا ان فيه رعاية
الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها
لان النقض له بعد النقض اما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه
لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو
عصمة رحمه الله في اصل المسالة ان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ

بأن [illegible] يوضع عنده لأن له أن لا يتملك المصبوغ بالقيمة وعند [illegible]
بخلاف [illegible] الثوب بنفسه [illegible] وذكر
الوجه في السويق [illegible] السويق من ذوات الأمثال [illegible]
من ذوات القيم [illegible] وقال [illegible] السويق [illegible]
بالقلي [illegible] المثل [illegible] والصبغ [illegible] كالحمرة
ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف
عصر وزمان وقيل إن كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وإن كان ثوبا
يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه
الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد
أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم
لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ [illegible] **فصل** ومن غصب عينا
فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لأن
الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل
بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر
لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف
القن **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لأن المالك يدعي الزيادة وهو
ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك لأنه أثبته

بالحجة

بالحجة الملزمة **قال** فإن ظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول
المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك
وهو للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار
قال وإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان
وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث
يدعي الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو
دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا
لما قاله الكرخي أنه لا خيار له لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار
لفوات الرضا **قال** ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه
وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته
مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد والناقص يكفي
لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب **قال** وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة
البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى
فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه وقال الشافعي زوائد الغصب مغصوبة متصلة
كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما
في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب
إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما [illegible]

على جملة الزيادة حتى يزول ما الغاصب لو احترث ثابتة على الولد ان زال ما زاد
انتظار عدم الحفظ حتى لو منع الولد بعد طلبه المستحق وكذا اذا تعدى فيه قال
في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه او اكله او باعه وسلمه ومن الحجة
لا يضمن ولدها اذا هلك حتى يلحقه من الارسال المقدم المنع وان جعل اذا
هلك بعده لوجود المنع بطلب صاحب الحق وهو شرع على هذا الشرح ولو
بعد ان ضمان جنايته [illegible] الاعانة والاشارة وقال
بحث عما هو فوقها وهو اثبات اليد على محل اولا واجرى قال وما نقصت
الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان
بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد
لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد
او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجرة او
خصى عبده او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة
او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار
كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد
المغصوب في يده واخذ ارشها وادى مع العبد يحتسب نقصان القطع وولد الظبية
ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام
اذ لا يفضي اليه غالبا وكذا اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رده للجبر

فكذا الامة

فكذا الامة في رد عينها ونحسبه لا القدر بالزيادة لان يخرج بعض البضع ولا اتحاد
في السبب فيما وراء ذلك حمل المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو
وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها
ثم ردها وهي حبلى وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة ايضا لان الرد قد صح والهلاك بعده
بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد
الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن
اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها
لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها
ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت
في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية
خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة فكذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى
ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه
شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في
يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم
النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهب بين ما اذا عطلها
او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان

اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب
لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها
دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها
لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد
عرفت هذه الماخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة
عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه
لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم **قال** واذا اتلف
المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما فان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لا يضمنهما
للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من ذمي له
انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام
فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر
لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف
موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم
فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه
تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له
بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين ذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكه وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي

لانا ضمنا

لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك
التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة **قال** فان غصب من مسلم خمرا
فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء وياخذ جلد الميتة
ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى
الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك
والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به
وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته
فلهذا ياخذ الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر
الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه
حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد وقالا
يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه
بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف
ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك
حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد
الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وهذا
بخلاف الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما

بعد الجادة ويطرح عنه ولك القدر ويوخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه
ثم الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله المال
المتقوم فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حق الملك
في الجلد تبعا له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع
كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة
في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما
كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك
تركه على الغاصب في هذا الوجه وتضمينه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف
صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا
تركه عليه وضمنه بحكم الغاصب عنده صار كالاستهلاك وهو عنده لا يضمنه وعندهما
ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل
قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء
لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير
مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصل بفعله فلا يضمنه وجه الاول وهو قول
الاكثرين ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا
عليه فكذا الصفة ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيها قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا له
ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد

ومعناها

ومعناها هنا ان يعطي مثل وزن الملح شيئا من الخل وان اراد المالك تركه عليه
وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكه لا يضمن عند ابي حنيفة
خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد ان صار خلا
من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم
وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر
كيليهما لانه خلط الخل بالخل والتقدير هو [illegible] ليس باستهلاك عند محمد
هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان الخلط استهلاك عنده وكذا في
في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد انه لا يضمن في الاستهلاك في
الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا
جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان
الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ
وقد بيناها في كفاية المنتهى قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا
او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في
الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس
[illegible] يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما
والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ

او مطبخه وهو الباذق عن ابي حنيفة روايتان في الضمان والبيع وقيل ان فيه
الاشياء احدثت المعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف
وهو بامر الشرع فلا يضمن كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة انها اموال لصلاحيتها
لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا
لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين
مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان
الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح و
الحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور
كذا هنا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تمليك عينه
وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا
لانه مقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة
ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة
بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل قد
ذكرناها في العتاق من هذا الكتاب والله اعلم **كتاب الشفعة** الشفعة مشتقة
من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتري الى عقار الشفيع قال الشفعة
واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا
اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام

الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار و
الارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار
احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته
وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن
القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم
يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا
ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة
عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال
على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف
وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة
ابائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام
الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في
حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل
جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب
ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب
والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك

في الطريق فان سلم اخذها الجار لما ذكرنا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملازق و
هو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان
مع وجود الشركة في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به
وجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان
لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها
كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا
على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى
والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة
والطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا يجري فيه
السفن وما يجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف ان الخاص
ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت
سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في
السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل
السكتين ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق
فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع
جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا
انه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا

قال واذا

قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف
الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق
الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة و
لنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى
انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال
تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى
بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها
ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عدد رؤسهم لان
الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان
البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب
وان قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبالثلث
لتحقق المساواة فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم
الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل
القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها
الاتصال على ما بيناه والوجه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع
يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع
وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه

حجة فيصير مبطلا بالاعراض عن الطلب بعد الاشهاد و الطلب بعد العلم به ولكن بحضرة
[illegible] احد المتعاقدين ولا يحتاج الى اثبات طلب عند القاضي ولا يمكن الا الاشهاد
قال [illegible] المشتري او يحكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم
فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة
[illegible] الشفيع [illegible] او باع [illegible] بها الشفعة
[illegible] حكم بها حاكم [illegible] لا يورث عنه
في الصورة الاولى [illegible] الا انعدام الملك
[illegible] عقد البيع [illegible]

باب طلب الشفعة والخصومة فيها قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك
على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه
البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عم الشفعة لمن واثبها
[illegible] بطلت شفعته
[illegible] العلم [illegible]
في النوادر [illegible]
[illegible] لا حول ولا قوة الا بالله [illegible]
[illegible] شفعته [illegible]
[illegible] الاعراض [illegible]

اذا قال لامين [illegible] الا [illegible]
[illegible] بعض [illegible] في مجلسه [illegible]
[illegible] والتقييد بالمجلس [illegible]
[illegible] الطلب [illegible] الشفعة
[illegible] الطلب [illegible] الاشهاد
[illegible] الشفيع [illegible] الدار [illegible]
[illegible] في [illegible] الا [illegible] او [illegible]
[illegible] الخبر [illegible]
[illegible] القاضي [illegible]
اذا [illegible] اخبره [illegible]
والعدد [illegible] طلب التقرير [illegible] الاشهاد [illegible]
لا [illegible] عند القاضي [illegible] الاشهاد [illegible]
[illegible] الطلب [illegible] الاشهاد [illegible]
[illegible] في المجلس [illegible]
[illegible] المشتري او [illegible] او عند العقار [illegible]
استقرت شفعته [illegible]
الملك [illegible] الاشهاد [illegible] البيع [illegible]

الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي
وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت
طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف يشترط تسمية
المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك
وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب
عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد
بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك
المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه
ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط
بتاخير الخصومة منه ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة
الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قوله
ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط
الا باسقاطه وهو التصريح به كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان
غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة
قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي
فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل
القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان

اليد ظاهر

اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي
المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا
فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها
فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في
تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد
قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به
معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره
فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها و
ثبت الجوار فبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل
للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال
فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة
من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد ذكرنا الاختلاف فيه
في الدعوى وذكرنا قول ابي يوسف فيه ويحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه
وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم
يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا
ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
لان الشفيع عساه ان يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري

وفي الظاهر انه لا شيء عليه من القضاء ولهذا لا يشترط ... كذا الا ...
واذا قضي بالدار للشفيع ان يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ...
حصل بحضرته ووجب عليه الثمن يحبس به ولو اخر اداء الثمن بعد ما قال ادفع الثمن
اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وان حضر الشفيع البائع
والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى
يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان
الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا
كان الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد
ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهو ان البيع في حق المشتري
اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق
الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع
لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه
فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث يكون العهدة عليه
بالقبض لانه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ
وقد طول الكلام فيه من كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا
لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه
قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان

الوكيل

الوكيل كالبائع من الموكل وقد عرف في الوكالة فيسلم البائع الى المشتري فيصير
الخصم بعد التسليم وذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم و
كذلك اذا كان البائع وكيلا للغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه
عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع
بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان
المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة
المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري
ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه فصل في الاختلاف
وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي
استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان
لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي شيئا عليه
لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هاهنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة
للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر
اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي
فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع
مع الوكيل لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا على التناسخ الاول وهو الصحيح ...
الشفيع وهو نظير بينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانه ...

على ما نروي من بعد وأما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة
المالك القديم فلنا أن نمنع ولئن سلم نقول لا يصح الشراء هنالك إلا بالثمن الأول أو بما
يخالفه ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للإلزام قال
وإذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذ الشفيع بما قال البائع
وكان حطا عن المشتري وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به
وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق
الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول
قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الأكثر
يتحالفان ويترادان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك
وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لا
يوجب بطلان حق الشفيع قال وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء
ولم يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين
وصار كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن
غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذ الشفيع بالألف لأنه لما بدأ
بالإقرار بالبيع تعلقت به الشفعة فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط
حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله لأن
بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتباره في مقدار الثمن

فصل فيما

فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن
يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لأن حط البعض
يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأن الثمن ما بقي وكذا إذا حط بعدما أخذها
الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه
لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وإن زاد المشتري
للبائع لم تلزم الزيادة الشفيع لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ
بما دونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن
الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا قال
ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته لأنه من ذوات القيم وإن اشتراها
بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنهما من ذوات الأمثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع
ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الإتلاف والعددي
المتقارب من ذوات الأمثال وإذا باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما
بقيمة الآخر لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته قال وإذا باع بثمن مؤجل
فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم
يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي
في القديم لأن كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به فيأخذه
بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع

والبائع او المتبايعين وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت
الناس في الملاءة وليس الاجل وصفا للثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه
فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره
لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن
المشتري لما بينا وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما
كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما
اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان
لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب ان شاء صبر حتى ينقضي الاجل
مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ
يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط
الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها
بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي
والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم في حق المسلم
فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر
والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها
بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشترى

بكر و رطب

بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاع الرطب ياخذ بقيمة الرطب كذا هذا

فصل

واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها
بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف لا يكلف القلع
ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي
الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان
الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري
شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب
الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية
انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن
اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا
ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة
لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا
لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع
يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه
كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى
فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع
بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه

قيمة

رجع لانه متملك عليه من البائع والمشتري والفرق بينهما ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه. قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل. قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله. قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا. قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس ان لا يأخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع. قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة. قال فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع

لا يأخذ الثمر

لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه. قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته. قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن. اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن (الثمر) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم. ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان سبب الشفعة الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق. قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار. قال والمسلم والذمي

في الشفعة سواء للعموم ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الا
ستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل
والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض
هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك
بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار التي
يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح
بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال
بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع
وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده
فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه
لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه
لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها
بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان
القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا
تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه
مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها
على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة

الالف

الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد
بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان
الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا
وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال
او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه
هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه
اذا صالح عنها بانكار بقيت الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا
اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه
كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما
استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت
او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا
لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان يكون
بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا
عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض
مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع
قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع
فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب

عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وإن
اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق
والشفعة تبتني عليه على ما مر وإذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد
ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دار إلى
جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها
وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده وإذا أخذها كان
إجازة منه للبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها
بالشفعة لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ثم إذا حضر
شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت
الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها أما قبل القبض فلعدم
زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد
وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع
الصحيح لأنه صار أخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه قال وإن سقط حق الفسخ وجبت
الشفعة لزوال المانع وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة
لبقاء ملكه وإن كان قبضها المشتري فهو شفيعها لأن الملك له ثم إذا سلم قبل الحكم
بالشفعة له بطلت شفعته كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعده لأن بقاء ملكه
في الدار التي يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وإن استردها

البائع

البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي
يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه
لما بيناه قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة
فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة
المطلقة قال وإذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار
رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء القاضي فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه
فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في إنشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه
وإن ردها بالعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لأنه فسخ في حقهما
لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع
وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض
لأن قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير
ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد
بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لأن الرواية
محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لأنهما
يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك
بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار

وهي عقد الفقار وكذلك اذا اشهد وليس بحكم لم يثبت به [illegible] اصلا المشتري
ولا بعد الفقار ... او فسخاه فهي القديم قال وان صالح من شفعته على
عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل
هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه لو باع شفعته
لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق ... اسقاطه
بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع
شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق
لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال
العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت
العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل
الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة
وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رحمه الله تورث عنه
قال رضي الله عنه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء
القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط
وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث
بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستحق
الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تسقط لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه

في دين

في دين المشتري ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها
بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه
في حياته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت
شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به
وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به
وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي
الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري
اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى
او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم له
من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء
وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع
وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له ... بخلاف جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع
انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها
الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول
او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل
او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف
او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير

الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانبه
المشروط له الخيار

قيمتها الف حتى لا يشفعه وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف
الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم
ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع
غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه
شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة
وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه فصل
واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع
الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال واذا ابتاع
منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع
جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم
بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه
فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال
رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوبا
بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع
الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع
يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف

انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكاة
مسائل متفرقة قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني
باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول
يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل
القبض او بعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد
ما عليه حتى ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشترين
بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن
جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وهنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى
قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي
صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم
القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة
على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة
وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي
قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه
الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ
النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان
المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي

وقف در

لشفيع بها لانه لا يتقي جار اعني القريب والجانب الآخر قال ومن باع دارا وله
عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فللمولى الشفعة
لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فنزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف
للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال
وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
وزفر هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار مجاورة
وان بيعت عليهم بطلبها وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة
وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه
شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى
ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر
وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملك الصبي والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما
كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها
بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق
لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة
فعن ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى
التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما

بعضه كان له والآخر لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه
في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات
لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه
فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض
للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه في غيبة الآخر ولو اشترياها فاقتسماها
لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انه اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي
على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة
مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي
ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته
وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار
فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي
للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسم
من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان
منفعة نصب القاضي تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال
فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص
ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزق من بيت المال لانه ارفق
بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا امينا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء

[illegible] ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة
ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه ولا يجبرهم على ان يستاجروه لانه
لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا
جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك
القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر
كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند
ابي حنيفة وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال
والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل
بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر
فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل
بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف
وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر
لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال
واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها
عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته
وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان
المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا

في العقار

في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة
الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى
لانه وهذا لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة
انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت
اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه
فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة علمه
فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا
يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه
مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظر الحاجة الى الحفظ اما العقار
محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده
وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على
الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في
القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية
كتاب القسمة وذكر في الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها
في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون
لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان
قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع

قال وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار
في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا
يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصي يقبض
نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده
خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم والفرق
أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث
ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر
عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك
مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق
وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا إذا كان في
يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما
من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز
ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال
وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين
لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما إذا كان
الحاضر اثنين على ما بيناه ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا
وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا

القسمة

204

القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن
الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ
لقيامه مقامه فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم قال وإذا كان كل واحد من الشركاء
ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم
على ما سبق من قبل وإن كان ينتفع أحدهم والآخر يستضر لقلة نصيبه فإن
طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لأن الأول منتفع
فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الخصاف على قلبه لأن
صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره أن
أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والأصح المذكور في الكتاب
وهو الأول وإن كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما
لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بالتراضي لأن الحق لهما
وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض إذا كانت
من صنف واحد لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل
في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لأنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع
القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم
كل موزون ومكيل كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد
والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا أو حمارا ولا [illegible]

الا و انه لا يقسم ما لاختلاف الصنعة المتحققة بالاجناس المختلفة اذ هي لا تتحقق الا
بالقطع ولا الثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل
ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض
وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق
لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش
لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها
يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات
جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها
وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف
الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار
لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة
الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية
ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى
الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانها تشتمل على الضرر في الطرفين
اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا
قال وان كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة
وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة

المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى واجناس
معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله
ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران
والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز
التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في
الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت
على حدة ضررا فقسمت قسمة واحدة قال رضي الله عنه وضع في الكتاب المسألة اشارة
الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية
هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة
واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة
كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر فاخذ شبها من كل واحد قال
وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف
الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في
اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما
جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان او تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة
فصل في كيفية القسمة قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ويكتب
ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره

لتعرف قدره ولتقوم البناء لحاجة اليه في الافراز ويفرز كل نصيب عن الباقي
بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فينقطع المنازعة
ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث
على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا
فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل
ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه
مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب
بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره مفصلا
ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم
نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة
الدراهم والدنانير الا برضاهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق
الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين
العقار ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن
ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا
بالتقويم وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوح ثم يرد
من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساوي فيدخل الدراهم
في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج

وعن محمد

وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي
فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل
دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية
الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الاخر او طريق لم يشترط في
القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب
الاخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة
مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان
المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة
لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك
الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق
بنصيب الاخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه
بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه
امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني
يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص
باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بالانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره
لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص
لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا به وحال الشرب كالطريق فيما

من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة إن كان يستقيم لكل واحد
طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الإفراز بالكلية
دونه وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما
وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لأن
الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لأن القسمة فيما وراء الطريق
لا فيه ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين لأن
القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي **قال** وإذا كان سفل لا علو له وعلو لا
سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك
قال رضي الله عنه هذا عند محمد وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم بالذرع لمحمد
أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا
وغير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي
الأصل لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار إليه ما أمكن والمراعى
التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال
أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع
وقيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو
واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه
قول أبي حنيفة أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لأنه تبقى بعد فناء

العلو ومنفعة

العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة
البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا
صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من سفل ولأبي يوسف أن المقصود
أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن
يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة
إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر
إلى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع
من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل
نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو
ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي
مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا
ذراع لأن العلو مثل نصف السفل فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا ويجعل بمقابلة الآخر
وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة
ذراع من السفل المجرد أو مائة ذراع من العلو المجرد لأن العلو والسفل عنده سواء
فخمسون ذراعا من الكامل بمنزلة مائة ذراع من العلو المجرد وخمسون منها سفل و
خمسون منها علو **قال** وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما
قال رضي الله عنه الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول

ابي يوسف اولا وبه قال ابو حنيفة وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما
القاضي وغيرهما سواء وقال محمد لا تقبل لانهما يشهدان على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده
بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء
والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه
لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير
فتقبل الشهادة عليه قال الطحاوي وان اقتسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع
واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة
صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران الى انفسهما مغنما
لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما
الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة
الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل
قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم
الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة
فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي
فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما

قال العبد

قال العبد الضعيف رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه
اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه
مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم
تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة
لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع
على ما ذكرنا من احكام التحالف ثم فيما القسمة ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه
لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا
اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما
دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه
بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ
ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد وان كان
قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما
البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه وان قامت لاحدهما
بينة قضي له وان لم تقم لهما تحالفا كما في البيع **فصل** واذا استحق بعض
نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه
وقال ابو يوسف تفسخ القسمة قال رضي الله عنه وذكر الاختلاف في استحقاق بعض
بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع

نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض بعينه لا تفسخ القسمة بالاجماع و
لو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول
محمد وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح
لابي يوسف ان باستحقاق جزء شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه
باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع
ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا
بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما
ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا
بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان
لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق
شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث
بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ
احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق
نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء
رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف
ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء
بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الآخر رجع بربع ما في يد الآخر عندهما

لما ذكرنا

لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما
نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده
والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن
نصف صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة
لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء
بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض
القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم
والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى
احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق
بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع
للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا **فصل**
في المهاياة المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع
على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان
القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد
والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة
يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب
احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما

ولا يموتى لانه لو تعصى لو حسانوى الى آخره ولا فائدة في التعصي
ولو تهايا في دار واحدة على ان يسكن هذا الطائفة وهذا الطائفة او هذا علوها
وهذا سفلها جاز ذلك لان القسمة على هذا الوجه جائزة وكذا المهاياة والتهايؤ في
هذا الوجه افراز لجميع الانصبة لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل واحد
ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث
المنافع على ملكه ولو تهايا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما
جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون من حيث الزمان وقد تكون
من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان
والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل
وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان
يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايا في العبدين على ان يخدم هذا احدهما
والاخر الاخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبا
والتراضي فكذا المهاياة وعند ابي حنيفة لا يقسم القاضي بجد ابي وروي
لا يجري فيه الجبر عنده والاصح ان يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة
قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما قدم
ولو تهايا فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام
المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايا في دارين على ان يسكن

كل واحد

كل واحد منهما والاخرى جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان القسمة
عندهما كدار واحدة وعند ابي حنيفة لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة ومن المحققين
من قال لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى
بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لانه بيع بعض احدهما ببعض الاخر وجاز و
في الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجوز فيه جبر القاضي
ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين
لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بالقسمة ولابي حنيفة
ولان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق و
اخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف
العبيد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وفي
التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد
والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي
اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها
في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ
على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع
عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ في

ومعنى الاستغلال في الدارين جائز في الصحيح ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل
غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الوجه الاول
معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب
الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد
عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في
المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث
الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة
ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح
في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين
عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين
فتهايآ على ان ياخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب
البانها لا يجوز لان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى
فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع
حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم
استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة
من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة

وقالا جائزة

وقالا جائزة لما روي ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من
ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع
دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست
الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز
معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلا تتحقق شركة وله
ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما
يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك
مفسد ومعاملة النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو
جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله
لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان
البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه
نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها
ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة
لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة
لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل
العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة
لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها

بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع
الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه
عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد
والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض
يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه
ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن
بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان
كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر
آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض
لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم
من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض و
البذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر
فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت
الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه
يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر
ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء

ومنفعة البقر

ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر
ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة
لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر
لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه تتم شركة بين البذر
والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه
لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر
في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض
ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة
الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا
لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لانه تنقطع الشركة
لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة
لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره و
يكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين
او جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج
والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر
عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي
الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض لانه اذا

او شرط لاحدهما ما يخرج من موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله
لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية
معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر
الحب لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا
شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة
فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما
الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي
حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا مسكوت عنه وقال مشايخ بلخ
التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع
للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر
صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى
قطع الشركة فانه لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط
قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم
يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج
وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر
المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج
لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء

كله لصاحب

كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر
مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه لا يتقوم منافعه بالعقد كأنه
يجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل
فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد
تعذر ولا مثل لها فيجب قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف
الذي ذكرناه ولو [illegible] بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر
مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا
استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء
حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض
وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع
الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال
واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي
في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع
الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر
والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة
قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له

في عمل الارض ثم فيه هذا الحكم ايضا بينه وبين ما قدمناه ايضا والعامل لانه
غيره محو ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة
وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في ثلث سنين ~~فلما نبت الزرع حتى يستحصد~~ فلما نبت
سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الارض
ترك الزرع في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي
من السنين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية و
الثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على
المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين
فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل
ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما
قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع
الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون
من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض
لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك
كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما
على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر

من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة
وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث
يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل
على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل
بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع
لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له
ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب
الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع
وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء
العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات
لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته
نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب
الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع
لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلث لما بينا قال وكذلك
اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه
في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع
لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع

لحصول المقصود وهو مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما ولو
شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط
الطحن او الحمل على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل
للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ وقال شمس الائمة
السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك
كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما
في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان
بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على هذا فما كان قبل الادراك كالسقي والتلقيح
والتأبير والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ
فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه
وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد
في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل
او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما
على الفصل والجذاذ بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة و
سمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيه كالكلام
في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة

لان الاصل

215

لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في
الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر
بان شرط رفعه من راس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا
المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار
وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا
لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم
وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة
في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة
بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا و
الانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق و
لم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي
وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان
يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة
لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا
في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم
انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج
ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات

المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها ثم لو خرج
في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد
العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف
ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا
ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رح في الجديد لا تجوز الا في الكرم و
النخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة
وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا
ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة لا سيما على اصله وليس
لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد
وكذا ليس للعامل ان يترك العمل من غير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب
البذر على ما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر تزيد بالعمل
جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز
وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي
والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف
ما قبل ذلك لتحقق الحاجة اليه قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر
مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل

المساقات

المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات صاحب الارض
والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك
الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه
ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقسموا
البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر
حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم
وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره
رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا
كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار
لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على
الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار فان ابى ورثة
العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا
قال واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل
ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة
في هذا لان الارض يجوز استئجارها وكذا العمل كله على العامل ها هنا وفي المزارعة
في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه
العمل وها هنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ

ما لا عذر في هذه الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها وهي جملتها انه يحبس
العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر فيمنع لادراك لانه يلزمه
صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه
عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك
عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل
احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء
الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بين رب
الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا
قبل الشركة لا بعمله ولجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه
واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو
نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها
واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر
بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحها

كتاب الذبائح

قال الذكوة شرط حل
الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما
يثبت به الحل يثبت به الطهارة في ماكوله وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام
ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية
وهو الجرح في اي موضع كان من البدن وثانيهما كالبدل عن الاول لانه لا يصار

الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج
الدم والثاني اقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع
ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم
او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله
قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا
الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان
صبيا او مجنونا او امراة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة
لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما
ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي
الذمي والحربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا توكل ذبيحة
المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا
آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا او دعوى
قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا
تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا
ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يوكل
ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم
يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكوة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم

فلم يكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد
لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال
وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل
وقال الشافعي اكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم و
الكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال
البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه
لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في
متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب
علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال
ابو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد
ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على
اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر
النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما
في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي و
هو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي
فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل
الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه لكنا نقول

وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله
فكل وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل
فانك انما سميت على كلبك

في اعتبار

في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى فان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع
والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد و
ارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا
تدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية
في ذكاة الاختيار يشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد يشترط
عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح
وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه
حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى
فاصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة و
ذبح بالاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان
يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه
ثلاث مسائل احديها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة
وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم
توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة
المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم
فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله صلى الله عليه وسلم
بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة

ويعفى فان الفصول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس لما
روي عن النبي عم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد
لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال
ابن مسعود رضه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي
لا يحل لانه دعاء وسوال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل
ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به
الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله
اكبر منقول عن ابن عباس رضه في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها
صواف قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح
في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عم الذكوة ما بين
اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على
ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة
الحلقوم والمري والودجان لقوله عم افر الاوداج بما شئت وهي اسم
جمع واقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء
بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاث الا بقطع الحلقوم فيثبت
قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها
بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك

عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رضه
هكذا ذكر القدوري في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي
يوسف وحده وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف
الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل
ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فحصل ان عند ابي حنيفة اذا قطع الثلث
اي ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن
محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل
بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها
ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر
اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المري وانه مجرى العلف
والماء والمري مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام
الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود
يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى
بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا
عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه
لم يقطع شيا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن
والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح و

وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج
ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون
ذكوة كالذبح بغير المشروع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت وروي
افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة
كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج
الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى
المنخنقة وانما كره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اضرارا بالحيوان
وقد امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء
انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا
لقوله عليه السلام مع القيد على انها ميتة لانه وجد فيه نصا ولم يجد فيه نصا
يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة يقول يكره اولى لو قال ويستحب
ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم
فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته
ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه راى رجلا اضجع شاة
وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل
ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي الجامع الصغير
قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه

لنهي ان ينخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه
حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه
وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه
والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه
برجله الى المذبح وان ينخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب
وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم
قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال فان ذبح
الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حلت لتحقق الموت بما هو ذكوة
ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج
وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكوة فيها قال
وما استأنس من الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح
لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن الذكوة الاختيارية والعجز
متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من الابل والغنم في بئر
ووقع العجز عن الذكوة الاختيارية لما بينا وقال مالك لا يحل بذكوة الاضطرار
في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى
البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن
محمد ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكوتها العقر وان ندت في المصر لا يحل

بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا يجد ولم يدرك ذكاته
في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر
فيتحقق العجز والصيال كالشاة اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتل المقتول
وهو يريد الذكاة حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبح جاز ويكره
والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره واما الاستحباب لموافقة السنة
المتوارثة ولاجتماع العروق فيهما في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة
السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقول مالك انه لا يحل قال
ومن نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر
او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن ابن زياد وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي لقوله عم ذكاة الجنين ذكاة امه
لانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يقطع بالمقراض ويتغذى بغذائها
ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق بعتقها
واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله
انه اصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك تفرد بالذكاة ولهذا
تفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان
دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين اللحم والدم لا يتحصل بجرح الام اذ
هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه
بسبب لخروج

سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل
في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل
من الحرة ولد رقيق فصل فيما يحل اكله وما لا يحل ولا يجوز اكل ذي ناب
من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عم نهى عن اكل كل ذي مخلب
من الطيور وعن اكل كل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب
النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب
او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم
والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم
بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما
والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكره
اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه
ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا
الغراب الغداف قال ابو حنيفة لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاج
وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع
والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان
النبي عم نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته
والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله

عنى وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز
اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد ان النبي عم نهى عن لحوم الخيل
والبغال والحمير وعن علي رض انه اهدى المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر
قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو قول مالك وقال الشافعي وابو يوسف
ومحمد لا باس باكله لحديث جابر انه قال نهى رسول الله عم عن لحوم الحمر الاهلية
واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها
وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان
باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا
يسهم له في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض
بحديث خالد والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة
تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل
آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب لان النبي عم اكل منه حين اهدي اليه
مشويا وامر اصحابه بالاكل منه واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه
تقليل آلة الجهاد قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الآدمي
والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما الآدمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ
وقال الشافعي لا تؤثر الذكاة في جميع ذلك لانها لا تؤثر في اباحة اللحم اصلا
وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي

ولنا ان

ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السائلة وهي النجسة
دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصور على الجلد
كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر
لحمه يطهر حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به
في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه
ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يؤكل من
حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في
البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله
والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل و
قوله عم في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ
الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عم عن دواء يتخذ فيه
الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد
وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو
حلال مستثنى من ذلك لقوله عم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان
فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه
وقال مالك والشافعي لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة

بالحل بالحديث وتلى ما روى جابر عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا
وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا
وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا اليه لا ما مات فيه من غير آفة
قال ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة
وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه او يشويه لانه صيد
البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره
والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض
وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان
مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد
في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه
من غير آفة لا يحل كالطافي [illegible]
[illegible]
وما ابين من حي وان كان ميتا فميتته حلال [illegible]

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم
الاضحى عن نفسه وعن اولاده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر
والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه انها سنة وذكر في الجوامع
وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي انها على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف

ومحمد

ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض مشايخنا الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام
من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة
ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما
لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة وجه الوجوب قوله عليه السلام
من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك
غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن
بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى
الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر
استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة
فيما روي [illegible] ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة
تقام في رجب [illegible] وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى
الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بيناه وباليسار
لما [illegible] من اشتراط السعة ومقداره ما تجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت
وهو يوم الاضحى لانها مختصة به [illegible] تجب عن نفسه لانه اصل
في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة
الفطر [illegible]
[illegible]

يجب صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير و
الخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في ظاهر الرواية
لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا
يمكنه ان ياكل كله والاصح انه يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي
ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة
والقياس انه لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه
بالاثر وهو ما روي عن جابر انه قال نحرنا مع رسول الله البقرة عن سبعة و
البدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن ستة او
خمسة او ثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز
عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع
ولا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى قال
مالك يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل
بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة
قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل بيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل
مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح
لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن

لانه موزون

224

لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع و
الجلد اعتبارا بالبيع قال ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها
ستة معه اجزأه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها
للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة
يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة ماسة اليه فجوزناه
دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء
ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك
بعد الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بيناه وابو بكر وعمر كانا لا يضحيان
اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية
يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد
فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد
ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان
اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى
للتأخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفي
الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في
السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا
اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة

اي الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان الاضحية

من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في
مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط في
بهلاك المال بعد ما طلع الفجر يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل
الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزتهم وكذا على هذا
عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان
بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا
ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها
اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض
فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى
اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال
الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها
نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق
بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليها
ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف
والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد
اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم
يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات

الوقت

الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا
والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك
ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين
عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزي مقطوعة الاذن
والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما
واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب
اكثر اذنها وذنبها وان بقي الاكثر من الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل
بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية
عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن
او العين او الالية الثلث او اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث
تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم
فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة و
يروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال
ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما هو
في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث قال ابو يوسف اخبرت بقولي
ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل
معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف

العضو الى ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا
تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب
العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها
الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم
ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف
قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود
وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى
بكبشين املحين موجوئين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا
كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف فلا تجزيه والجرباء ان كانت
سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز
لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف
انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزأه
لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان
مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا
اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع
ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع
ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه

ضمان نقصانه

226

ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعلى هذا الاصل قالوا اذا ماتت
المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت
او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح
احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها
اجزأه استحسانا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح
فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت
من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح
قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية
بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا
الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على
احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان
قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد
والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني
انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين
ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي
والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة
يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر

وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا
او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من
شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة
عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول
لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عم ضحى عن امته على ما روينا
من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها
واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع
الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف
لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول
القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء
على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات
واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة
وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية
ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي
فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان
لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاث الاكل والادخار لما روينا
والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال و

يتصدق

يتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب
والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع
بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل
ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك كالخل والابازير اعتبارا
بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد
في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاك
تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عم من باع جلد اضحيته
فلا اضحية له يفيد كراهة البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا
يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عم لعلي رضه تصدق بجلالها وخطمها
ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع
ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة
القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي
ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف والافضل ان يذبح اضحيته
بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره و
اذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عم لفاطمة رضها قومي
فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره
ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبحها جاز

لانه صار اهلا للزكوة والقربة انتقض بانابته وبنيته بخلاف ما اذا امر المجوسي
لانه ليس من اهل الزكوة فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح
كل واحد منهما اضحية الاخر اجزى عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل
هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا
يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح
وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما اذا ذبح
شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية
حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك
مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام
وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها
فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحه بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا
يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا
من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع
جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا
ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة
في الدورق وربط الدابة عليه ورفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته
فسقط في الطريق فاوقد هو النار فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على

رفع الجرة

رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون
ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في
مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير امره صريحا فهي خلافية
زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه
من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة
فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في
الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل
واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار
كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم
اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته
لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه لم يثبت الملك له الا بعد الذبح
والله اعلم كتاب الكراهية قال العبد الضعيف الكلام في معنى المكروه
والمروي عن محمد نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا
لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل
على فصول منها فصل في الاكل والشرب قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها
وابوال الابل وقال لا بأس بابوال الابل وتأويل قول ابي يوسف انه لا بأس بها
للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها والاكل

مشو لدم اللحم فاخرجه جنس قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب
في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء
الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رضي الله عنه بشراب
في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب
فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين
والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال
والنساء لعموم النهي وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب
والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال
ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي
يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من
عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض اذا
كان يتقي موضع الفضة معناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ
وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول
محمد يروى مع قول ابي حنيفة ويروى مع قول ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء
المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ و
حلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب
والثفر اذا كان مفضضا وكذا الاختلاف في الثوب فيه كتابة بذهب او فضة

على هذا

على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع
لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب
والفضة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير
والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او
خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان
قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد
فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك
لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل
اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية
والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود
على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي
الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية
وسعه ان يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما
قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل
ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا
زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا
او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج واما الديانات فلا يكثر

وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا
قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم
بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له
المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في
ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيه جريا على مذهبه انه يجوز القضاء
به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها
قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح
والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار
بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا
او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه ~~كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب~~
~~الكذب بالتحري~~ صادق يتيمم ولا يتوضأ وان كان اراق الماء ثم تيمم كان احوط
ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري
فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب
بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها
الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي
قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال ابو
حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة لقوله عليه السلام من لم

يجب الدعوة

يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن به من البدعة
من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على
المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى
ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب
المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى
لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم (به)
ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى قبل الحضور
لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسألة
على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني لضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان
الابتلاء بالمحرم يكون فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان
النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما
حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال
لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع او اربعة كالاعلام والمكفوف بالحرير
لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام
وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه
عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره

القدوري وغيره من المشايخ وكذا الخلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب
لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه
اياكم وزي الاعاجم وله ما روي ان النبي عم جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط
ابن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل
من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير و
الديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي انه عم رخص في لبس الحرير والديباج
في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب
في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت
بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة
وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كا
لقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى
بالحرير دون السدى وقال ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة
ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة ولا ارى
بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا
وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها و
الاعتبار للحمة على ما بيناه قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة
لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة

الفضة اغنت

اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي
الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام
ورأى رسول الله عم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر
خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي
يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على
تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رض ان النبي عم نهى عن التختم
بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت
بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز
ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما
يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه
قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم
في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة
وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما ان
عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من الفضة فانتن فامره
النبي عم ان يتخذ انفا من الذهب وله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة
وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع
في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الصبيان الذكور الذهب والحرير لان

التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم
سقيها قال ويكره أن تحمل الخرقة التي يمسح بها العرق لأنه نوع تجبر وتكبر وكذا التي
يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وإنما يكره
إذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه
أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال
قائلهم لا ينفعنك اليوم إن همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي
أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو
التذكر عند النسيان فصل في الوطء والنظر واللمس والقبلة قال ولا يجوز أن
ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
إلا ما ظهر منها قال علي وابن عباس ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو
الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولأن في إبداء الوجه والكف
ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص
على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف
أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضا لأنه قد يبدو منها عادة قال فإن كان لا يأمن من الشهوة
لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة
صب في عينيه الآنك يوم القيامة فإن خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن
المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك في الاشتهاء كما إذا علم أو كان

أكبر رأيه ذلك قال ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة
لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لأن فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام
من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا إذا كانت
شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام
خوف الفتنة وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان
مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير استأجر عجوزا لتمرضه وكانت
تغمز رجليه وتفلي رأسه وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فإن كان
لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهى
يباح مسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد
إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي للحاجة
إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به
أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر
لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح والأصح أنه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة
بخلاف حالة الأداء ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم
أنه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما ولأن مقصوده إقامة السنة لا
قضاء الشهوة ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها للضرورة وينبغي أن يعلم امرأة
مداواتها لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل فإن لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر

ولغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر
الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة
ويجوز للمرض وكذا يجوز للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف لانه امارة المرض
قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام
عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته
وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي والركبة عورة
خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى
منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه
على العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة وقال عليه السلام
لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق
فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي
الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وان كاشف الفخذ
يعنف عليه وان كاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل
يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما
الا ما ينظر الرجل منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة
كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل
الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي

رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابو الحسن بن علي رضي الله عنه
سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه

او شكت

او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها
وهو يشتهي لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة
وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين و
لا كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت
من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد
قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة
وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى
الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه
بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال
والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا
اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك
الا عن امتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر
اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى
احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان
لورود الاثر وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة
قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين
ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن
الاية

والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد
والأذن والعنق والقدم لأن كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها
ليست من مواضع الزينة ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان وحشمة و
المرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج
وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لأنها لا تنكشف
عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع
والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح
في الأصح لما بينا قال ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها لتحقق
الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الأجنبية وكفيها
حيث لا يباح المس وإن أبيح النظر لأن الشهوة متكاملة إلا إذا كان يخاف
عليها أو على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان و
زناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم
أغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق
ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام ألا لا يخلون
رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرما فإن
احتاجت إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ
ظهرها وبطنها دون ما تحتهما إذا أمن الشهوة فإن خافها على نفسه أو عليها تيقنا

او ظنا او شكا

234

أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك
أصلا وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وإن لم يجد الثياب
يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما
يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه
وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة
داخله في حق المحارم الأقارب وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها
بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر إلى بطنها
وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل إنه يباح إلا ما دون السرة إلى الركبة
لأنه لا ضرورة كما في المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الإماء
ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة
عند أبي حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل
لا يباح لعدم الضرورة وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد في الأصل الضرورة فيهن
وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف
أن يشتهي كذا ذكره في المختصر وأطلق أيضا في الجامع الصغير ولم يفصل وقال
مشايخنا يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر
رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم
الشهوة قال وإذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد ومعناه إذا بلغت

ويبدو الى بيتها اذ الظهر والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت تشتهى
وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال
والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا
يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل
وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والاصل انه يؤخذ فيه
بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز
للمملوك ان ينظر الى سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها قال مالك
هو كالمحارم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة
متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج
والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت
والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها
في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن
زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة
اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد
ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير
اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحت امة غيره فقد ذكرناه في النكاح
فصل في الاستبراء وغيره قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها

ولا يقبلها

ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام
في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن
بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث
الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة
الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك
عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب
ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية الوطء ارادة والمشتري هو الذي
يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو
التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا فادير الحكم عليه وجودا
وكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك
كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب عند حدوث الملك
في مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا
لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب
عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي
حاضتها بعد الشراء وغيره من اسباب الملك قبل القبض والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ
بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد
القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري

منها شخص في اثنا الشرى الحيض لان السبب تقدم الان والحكم يضاف الى تمام العلة
ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها
بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث
الملك واليد اذ هو مقتضي للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء
اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام
السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا
وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة
الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار
ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه
لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي
الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي اليه ولم يذكر
الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانه لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه
لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة لما بيناه والاستبراء في الحامل
بوضع الحمل وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض
كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام لقدرة على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين
انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين

او ثلثه

او ثلثه وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة
الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
قال ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله
وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع
لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن
تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها
البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها
ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن
فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب
كما اذا كانت معتدة الغير **قال** ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر
الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه
لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا
وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا
فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور
مدتها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض
قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها
ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح

او لمسهما او قبلهما وهذا لان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق
قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم
لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان
الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما
فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان يأتي بالدواعي
فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا
الا ان يملك فرج الاخرى غيره بنكاح او ملك او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها
لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا
او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض
من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي
بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها
عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا
فاسدا لا يحل له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها
والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احديهما حل له وطي الموطوءة دون
الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع
بينهما نكاحا فحكمهما كالمذكورة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده
او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

لا بأس

لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل
ما بين عينيه ولهما ما روي انه نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي
التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد
اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا بأس
بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه
فصل ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ وقال
الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة ولنا انه
منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف
العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح
وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه
النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها
ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول
الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها
او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير
ثقة واكبر رأيه انه ~~كاذب لم يسعه ان يتعرض لشيء~~ في المعاملات غير لازمة للحاجة
على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر
الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها

صادق لان عدالة المخبر

لفلان ولكن وكلني ببيعها او اشتريتها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة
يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبر صاحب اليد بشيء فان كان
عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه
وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد
الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر
باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك
فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة منه لاعتماده
الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها
حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه
اذن له وهو ثقة قبل فان لم يكن ثقة يعتبر فيه اكبر الراي وان لم يكن له راي
لم يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل قال ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها
الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق
ولا يدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها انه حق يعني بعد التحري فلا باس
بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني
زوجي وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث
انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس
بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان

القاطع طارئ

238

القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين
تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم تقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل
وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة
لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن
والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف
ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل
قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت
المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن
نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل
لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم
خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع
نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمتقوم
في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع
لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار
في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي
فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان

يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لأنه حابس
ملكه من غير إضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لأن النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب
وعن تلقي الركبان قالوا هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فإن لبس فهو مكروه في
الوجهين جميعا لأنه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير
والتبن والقت قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار
وإن كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن محمد أنه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف
اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف
ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر وإذا طالت يكون احتكارا
مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر
طعاما أربعين يوما فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لأن ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت
في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة
للمعاقبة في الدنيا أما يأثم وإن قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة
قال ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر أما الأول فلأنه خالص حقه
لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني
فالمذكور قول أبي حنيفة لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها وقال
أبو يوسف يكره لإطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة

فناء المصر

فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا
لم يجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان
أن يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط
الرازق ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه
إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر
المحتكر ببيع ما يفضل عن قوته وقوت عياله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن
الاحتكار قال فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له
ودفعا للضرر عن الناس فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة
تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به
بمشورة من أهل الرأي والبصر فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه
أجازه القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن
يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع
وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف
في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر
عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة معناه ممن يعرف أنه
من أهل الفتنة لأنه تسبيب إلى المعصية وقد بيناه في السير وإن كان لا يعرف
أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك

قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا لأن المعصية لا تقام بعينه
بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه
قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد
فلا بأس به وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا ينبغي أن يكريه لشيء من ذلك لأنه إعانة
على المعصية وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم
ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه
وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور
والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا
في سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فأعلام الإسلام
فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الأصح قال ومن حمل لذمي خمرا فإنه
يطيب له الأجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره له ذلك لأنه إعانة على
المعصية وقد صح أن النبي عم لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول إليه وله أن المعصية
في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا القصد به والحديث
محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره
بيع أرضها وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا بأس ببيع أرضها أيضا وهو رواية عن أبي حنيفة
لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولأبي حنيفة
قوله عم ألا إن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولأنها حرة محترمة لأنها
فناء الكعبة

فناء الكعبة وقد ظهر أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد
شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضا
لقوله عم من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا ولأن أراضي مكة تسمى السوائب
على عهد رسول الله عم من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره ومن وضع
درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لأنه ملكه قرضا جر به نفعا
وهو أن يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عم عن قرض جر نفعا
وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لأنه وديعة وليس بقرض حتى
لو هلك لا شيء على الآخذ والله أعلم مسائل متفرقة قال ويكره التعشير والنقط
في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف
وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولأن التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ
الإعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك إخلال
بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه
من التعظيم وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال
ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره
في كل مسجد للشافعي قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام الآية
ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد
وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي أن النبي عم

انزال وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي
الى تلوث المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة
كما كانت عادتهم في الجاهلية قال وكره استخدام الخصيان لان الرغبة في
استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء
البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان
النبي عم ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه قال
ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك
وقد صح ان النبي عم عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل
في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد
العز ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق
عزه بالعرش وهو محدث ونحن نقول بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف انه
لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه ماثور عن النبي عم روي انه كان
من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم
وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع
ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق
على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه
ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو

وقال عم

وقال عم لهو المؤمن باطل الا الثلث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه
وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ
الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عم من لعب بالشطرنج والنردشير
فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات
فيكون حراما لقوله عم ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته
وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا
لهم ولم ير ابو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد
التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته الدراهم
والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله
وجه الاستحسان انه عم قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة وكانت
مكاتبة واجاب رهط من الصحابة دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في
هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته
ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان
في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف
على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح
والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو من قام مقامه باثبات الشرع ونوع
اخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة

الصغار وذلك جائز ممن يعول وينفق عليه كالأخ والأم والعم والملتقط
اذا كان في حجرهم واذا ملك هولاء هذا النوع فالولي احق به الا انه يشترط في
حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة
فهذا يملكه الملتقط والأخ والعم والأم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان الولي انما جعل
صحيح باب مثله نظرا للصبي لنفعه بالعقل والولاية وتحرم عنا بمنزلة الانفاق قال
ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره هو الصحيح وقد مر كذلك للملتقط وللأم ان
ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم ذلك لان الام تملك اتلاف منافعه
ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من
العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فتجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد
ذكرنا قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الغاية وهو
الطوق من الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه
عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين
في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله
قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد
ورد في اباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل
المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لانه
بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه

محبوس

محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان
الحبس موجب النفقة كما في الوصي والمضارب والساعي على الصدقات وهذا
فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء
طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالأفضل بل الواجب الاخذ لانه
لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان
غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو
الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا
انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى
الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه
وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية
هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف
معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد تعجيل النفقة والاصح
انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب
في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا وام
الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه ولغلبة الماء عليه او ما اشبه
ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها

عادياً لا مالك له او كان مملوكاً في دار الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد
من القرية بحيث لو وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فيه
فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه و
المروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكاً لمسلم او ذمي مع انقطاع
الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقاً فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتاً
وان لم يعرف مالكه تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن
الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان
ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق اهل القرية عنه فيدار الحكم عليه ومحمد
اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريباً من القرية
كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف
ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا
يملكه لقوله عليه السلام من احيا ارضاً ميتة فهي له ولانه مال مباح سبق اليه يده فيملكه
كما في الحطب والصيد وله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما
رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب شرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين
بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر المغانم
ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج
لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقيل

الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء فلا يخرج
بحدوث اذ الاحياء والمسلم الى ملك ولكنه لا يزول بالترك ومن احيا ارضاً
ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان
طريق الاول في الارض الرابع لتعين بها الطريق وقصد الرابع ابطال حقه
قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن
الامام شرط فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا
قال ومن حجر ارضاً ثلث سنين ولم يعمرها اخذها الامام ودفعها الى غيره لان
الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج
فاذا لم يحصل يدفعها الى غيره تحصيلاً للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان
الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار
حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقيت غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما
شرط ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا
علمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره والايام والشهور
لا تفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها كما قالوا هذا
كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء
منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير يكون
بغير الاحياء بان غرز حولها اغصاناً يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك

ثم في زمان رجع الى ما تحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها ساعات

او حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير
ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي
الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا
ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر انهارها كان احياء لوجود
الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا
بذرها **قال** ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية و
مطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون
مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام
ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا **قال** و
من حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده
او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء **قال** فان كانت للعطن
فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا
عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب
لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح
فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام
حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح
ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء منه وقد يطول

الرشاء

الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت
وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف
في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به
ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى
من العطن بالناضح ومن البئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير
البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة **قال** وان كانت عينا فحريمها خمسمائة
ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى المزرعة
فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من
كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه في كتاب الطهارة وقيل
ان التقدير في العين والبئر بما ذكرنا في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة
فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول **قال** فمن اراد ان يحفر في حريمها
منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم
ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا
في حريم الاولى فللاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل له ان
ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ
برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره

في أرض القاضي للمخصص وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الأول فلا ضمان عليه
لأنه غير متعد إن كان بإذن الإمام فظاهر وكذا إذا كان بغير إذنه عندهما
والعذر له أنه يحتاج إلى الحفر وهو سبيل منه بغير إذن الإمام وإن كان
لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في
ملك غيره وإن حفر الثاني بئرا وراء حريم الأول فذهب ماء البئر الأول فلا شيء عليه
لأنه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول
لسبق ملك حافر الأول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد أنه بمنزلة
البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء
على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على
الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في
أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا في حريمها لأنه يحتاج
إلى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد
الحديث قال وما ترك الفرات والدجلة وعدل الماء عنه ويجوز عوده إليه
لم يجز إحياؤه لحاجة العامة إلى كونه نهرا وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو
كالموات إذا لم يكن حريما لعامر لأنه ليس في ملك أحد لأن قهر الماء يدفع قهر غيره
وهو اليوم في يد الإمام قال ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة
إلا أن يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه

المسناة ما يبنى للسيل ليرد الماء مغرب
مسناة بناء [illegible] صراح

طينه

طينه وعلى هذه المسألة بناء على أن من أحيا نهرا في أرض موات بإذن الإمام
لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي
لتسييل الماء ولا يمكنه المشي في بطن النهر عادة وإلى إلقاء الطين ولا يمكنه
النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله أن القياس
يأباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالأثر والحاجة إلى الحريم فيه فوقها في النهر
لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء
ولا استقاء إلا بالحريم فيتعذر الإلحاق ووجه البناء أن باستحقاق الحريم يثبت اليد
اعتبارا بتبع النهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر
يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى وإن كانت مسألة مبتدأة فلهما
أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه
وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته
للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كاثنين تنازعا في
مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذي
في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف فيما إذا لم يكن
نزاع معاينة [illegible] أي النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه لا
مستمسكا به ماء نهره حال الآخر رفع به الماء عن أرضه والمانع من النقض تعلق
حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه

وان كان ملكه و هي مع الصغير لرجل او جنبه مسناة ولا فرق خلف
المسناة ارض تحرثها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة
وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه
ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف
اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان
عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الخلاف ان ولاية
الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل
انه على الخلاف ايضا وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع
صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقوله
في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي حنيفة وابي يوسف ان حريمه مقدار
نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب هذا
ارفق بالناس فصل في مسائل الشرب فصل في المياه واذا كان لرجل
نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب
لبني آدم والبهائم ثم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار والكل واحد فيه
لكل منهما حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري منها نهرا
الى ارضه لا يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء
فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون

وسيحون

وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي
الاراضي فان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر
بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد فله ذلك لانه مباح في الاصل اذ قهر الماء يدفع
قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك
في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا
نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم
فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله الناس شركاء في ثلث في الماء والكلأ والنار
ينتظم الشرب والشفة خص منه الاول وبقي الثاني بالاجماع وهو الشفة ولان
البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان
في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان
وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وان اراد رجل
ان يسقي شجره او زرعه فكان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه
حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحناه لانقطعت منفعة الشرب والرابع
الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد
المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لا يجب القطع
بسرقته في موضع يوجد وجوده وهو مباح الاصل نصابا لم يقطع ولو كان البئر او
العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه

أو كان لم يجد ماء آخر بقرب منه في أرض غير مملوكة لأحد وإن كان لا يجد يقال له
إما أن تعطيه الماء ليستقي بنفسه أو تتركه ليأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته
وهذا مروي عن الطحاوي رحمه الله وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفر بئرا في أرض مملوكة له
أما إذا احتفر في أرض موات فليس له أن يمنعه لأن الموات كان مشتركا والحفر
لإحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه
أو ظهره من العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء
في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الإناء حيث يقاتله بغير السلاح لأنه قد
ملكه وكذا الطعام عند إصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير
سلاح بعصا لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة إذا كان
يأتي على الماء كله بأن كان جدولا صغيرا وفيما يرد من المواشي كثرة ينقطع
الماء بشربها قيل لا يمنع منه لأن الإبل لا ترد في كل وقت فصار كالمياومة
وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع
تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لأن الأمر
بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع وإن أراد أن يسقي
شجره أو خضره في داره حملا بالجرار له ذلك في الأصح لأن الناس يتوسعون فيه
ويعدون المنع من الدناءة وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره وزرعه إلا بإذن صاحبه
وتبيانه الإذن نقصا وله أن يمنع من ذلك لأن الماء [illegible] وحق [illegible] ثم ينقطع شربه كله

لواحده

247

لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه
فلا يملك التسييل فيه ولا شق الضفة فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به
لأنه حقه ويجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه **فصل** في كري الأنهار
قال الأنهار ثلاثة نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات
ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة
وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة وعدمه فالأول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف إليه من مؤنة
الخراج والجزية دون العشور والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب فإن لم يكن
في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم
وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل
مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم وأما الثاني فكريه على أهله لا على بيت
المال لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه
دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا
يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق
الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكري لأنه معلوم
وأما الثالث فهو خاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني
وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي

ما اتفقوا عليه إذا كان بأمر القاضي ويثبت الجبر فيه بخلاف ما تقدم ولا
جبر لحق الشفة كما إذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا
جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة وقالا هي عليهم جميعا من أوله إلى آخره
بحصص الشرب والأرضين لأن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل لاحتياجه إلى تسييل
ما فضل من الماء فيه وله أن المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب
الأعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما إذا كان له مسيل
على سطح غيره كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم إنما يرفع عنه
إذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل إذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد
والأول أصح لأن له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله فإذا جاوز الكري أرضه
حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له
ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على أهل الشفة من الكري شيء لأنهم
لا يحصون ولأنهم أتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قال وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا وقد
يبيع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى وإذا كان
نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه
ترك على حاله لأنه مستعمل له بإجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فإن لم
يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان له مجراه في هذا

النهر يسوقه

النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضى له لإثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه
وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف
فيها نظير الشرب وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب
بينهم على قدر أراضيهم لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف
الطريق لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فإن كان
الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقين ولكنه يشرب
بحصته فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن
يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لأن الحق لهم إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح
لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه إضرارا بهم وليس لأحد منهم أن
يكري منه نهرا أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضا أصحابه لأن فيه كسر ضفة النهر
وشغل موضع مشترك بالبناء إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضوعها
في أرض صاحبها لأنه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر
ما بيناه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية
والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم
بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن
يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض
ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لأنه تصرف في خالص ملكه

وضعاً ورفعاً ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويمنع من أن يوسّع فم النهر
لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا إذا كانت القسمة
بالكوى وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه
لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه
أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة
الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير
موضع القسمة ولو كانت القسمة بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم
يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوة مسماة في نهر خاص
ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف
ما إذا كانت الكوة في النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق منه نهراً ابتداءً فكان له
أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى وليس لأحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه
إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب لأنه إذا تقادم العهد يستدل به
على أنه حقه وكذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه
الأرض الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء
قبل أن يسقي الأخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه باباً
إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو
أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها

دفعاً لفيض

دفعاً لفيض الماء عن أرضه كي لا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا
وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت
إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك
وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة
والشرب مما يورث ويوصى به بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة
والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز هذه العقود إما للجهالة أو للغرر أو لأنه
ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره وإذا بطلت العقود
فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع
حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدلاً في الصلح عن
الدعوى لأنه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه
بعد موته بدون أرض كما في حال حياته وكيف يصنع الإمام الأصح أنه
يضم إلى أرض لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع
الشرب وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين وإن لم يجد ذلك
اشترى على تركة الميت أرضاً بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعهما فيصرف
من الثمن إلى ثمن الأرض والفاضل إلى قضاء الدين وإذا سقى الرجل أرضه
أو مخرها ماءً أي ملأها فسال من مائها في أرض رجل فغرقها أو نزت أرض
جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لأنه غير متعد فيه

كتاب الأشربة

سميت بها وهي جمع شراب كالا بعه مي مما ان حكمها قال الاشربة المحرمة
اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير
اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء اذكر في الجامع الصغير و
نقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها
في عشرة مواضع احدها في بيان ماهيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار
مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال
بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عم كل مسكر خمر وقوله الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود
في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر
استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما
سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا
فان النجم مشتق من النجوم ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا
كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم
اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره
في الكتاب قول ابي حنيفة وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد
لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد و
لابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكماله بالقذف بالزبد وسكونه

عن الغليان

عن الغليان اذ به يتميز الصافي عن الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط
بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب
بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه
ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد
وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس
محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع
الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربها
بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى
حكمها الى سائر المسكرات والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة
المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع
انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس
انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق
المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد
اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل
ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها
وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاداه من ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه و
لا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا

ثلثاه مع البقية ولو كان الدبس عوذ من ثلثه لوذيه من ثمن الخمر والمسلم ولهذا
يستوقف لان سوا على بنيهم جائز والتابع حرمة الانتفاع لما ان
الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب
والثاني ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عم من شرب الخمر فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم
القتل قد نسخ فبقي الجلد مشروعا وحد الشرب ثمانون باجماع الصحابة والتقدير
ما ذكرناه من الحد وفي الكشف ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة
لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد شاربه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان
الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا لفظ طبخ من الكشف جواز تخليلها
وفيه خلاف الشافعي وسنذكره في العدات ... هذا هو الكلام في الخمر واما
العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخه ويسمى البازق
والمنصف ثم ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد و
قذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو
قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب
ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع
التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك
ابن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا

وهو بالمح

به والامتنان بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ودل عليه ما رويناه من قبل
الآية محمول على الابتداء وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ
معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع
الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف
الاوزاعي وقد مر المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة
الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر
قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها
خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة
ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما
شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها
لا مثلها ... ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف انه
انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف ودون الثلثين و
قال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب
على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ما يتخذ من الحنطة والشعير و
الذرة والعسل حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا
يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك
وعن محمد انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر

الاشربة المحرمة وقال في الجامع الصغير وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة
يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح
فقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله
يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة
من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك
يروى عن ابن عباس رض وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه
فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رح رجع
الى قول ابي حنيفة رح فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر
ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه
ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى
قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رض شربة
ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال
ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه
حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر
والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك
في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والشعير والذرة حلال

وان لم يطبخ

وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح اذا كان من غير لهو ولا طرب لقوله عليه السلام
الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد
بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب
لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه
قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رح
فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه
في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذا المتخذ من الالبان
اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا
بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته
من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب
اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد والشافعي ومالك رح حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي
اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما وعنه انه
كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر
وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه
فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر
ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من

كلى نحو ان خفي السكر بالتحريم او غير محرم او العطف للمغايرة ولان المفسد
هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته
ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء
فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على
القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه
بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف
ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا
للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب
حتى هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل
ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار
كما بعد العصير ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى
يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب
ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر
لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيب ان كان
ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ من مثله
النبيذ لم يحل كما اذا صب على المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة
الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره

لعدم الاشتداد

لعدم الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع
بالطبخ قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله عليه السلام في حديث
فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا
ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له
وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا ويطهر وان كان
جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا
ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء
مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا
تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه
قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له
ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم
الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح
من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا
الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب
لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير
حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها

من الاناء فما دام علاوة وهو الذي انقطع منه الخمر حتى لا يطهر بتقادم لا يطهر
لانه خمر بالبين الا اذا غسل بالخل يتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر
ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به
لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرح
او دبرة دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال
على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت
الى الخمر فلا بأس كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل لا بأس به لانه
يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد شاربه اي شارب
الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا
يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر
من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا
غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل
لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر
في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابته النار ويكره اكل
خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه فصل في طبخ العصير الاصل ان
ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي
ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد

يطبخ الباقي

يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلاث فيحل لان الذي يذهب زبدا
هو العصير او ما يمازجه واياما كان جعل كأن العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة
واصل آخر ان العصير اذا صب عليه الماء قبل الطبخ ثم يطبخ فانه ان كان الماء اسرع
ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب
ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كان
يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا
بالغلي والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي
ثلثاه بيانه عشرة دوارق من العصير وعشرون دورقا من الماء ففي الوجه الاول
يطبخ حتى يبقى تسعة اتساع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا
والغلي بدفعة او دفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى
حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه
ثم اهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل ان تأخذ ثلث الجميع
فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب
شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق
ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه في الباقي بعد المنصب وهو
ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه
شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت انه يحل

بما يقع منه رطلا و نصفا من عمل خبز لحرج المسائل و لا يطلب اخوه معى كتفاتها
تعالى و هدايته الى حرج غير ما هو المسائل على **كتاب الصيد قال** الصيد
هو الاصطياد و يطلق على ما يصاد و الفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى
و اذا حللتم فاصطادوا و لقوله تعالى و حرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما و لحديث
عدي بن حاتم الطائي فانه اذا ارسلت كلبك المعلم و ذكرت اسم الله عليه فكل
و ان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه و ان خالط كلبك كلاب اخر
فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك و لم تسم على كلب غيرك و على اباحته انعقد الاجماع
و لانه نوع اكتساب و انتفاع بما هو مخلوق لذلك و هو مما يستبقى به المكلف
من التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحتاج اليه في فصلين
قال احدهما في الصيد بالجوارح و الثاني في الاصطياد بالرمي **فصل** في الجوارح
و يجوز الاصطياد بالكلب المعلم و الفهد و البازي و سائر الجوارح المعلمة و في
الجامع الصغير و كل شيء علمته من ذي ناب من السباع و ذي مخلب من الطير فلا بأس
بصيده و لا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته و الاصل فيه قوله تعالى و ما علمتم
من الجوارح مكلبين و الجوارح الكواسب في تأويل و المكلبين المسلطين فيتناول
الكل بعمومه و ما رويناه من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه و اسم الكلب
في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد و عن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد و الدب لانهما
لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته و الدب لخساسته و الحق بهما بعضهم الحدأة

لخساسته و الخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من
التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم و الحديث به و بالارسال و
لانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله و يمسك عليه **قال**
و تعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات و تعليم البازي ان يرجع و يجيب
اذا دعوته و هو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنه و لان بدن البازي لا يحتمل الضرب
و بدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه و لان آية التعليم ترك ما هو مالوف عادة
و البازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد
الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما الفه و هو الاكل و الاستلاب ثم شرط
ترك الاكل ثلثا و هذا عندهما و هو رواية عن ابي حنيفة لان ما دونه مزيد
الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه
صار عادة له و هذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار و ابلاء الاعذار كما في
مدة الخيار و في بعض قصص الاخيار و لان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم
دون القليل و الجمع هو الكثير و ادناه الثلث فقدر بها و عنده لا يثبت حتى ما ذكره
الا بعد ان يغلب على ظن الصائد انه معلم و لا يقدر بالثلث لان
المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا و سماعا و لا سماع فيفوض الى راي المبتلى به
كما هو اصله في جنسها و على الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا و عندهما لا يحل
لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث و قبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل

وصار كالتعرف الى الشرب بكونه لموته دل انه آلته يتعلمها منه ولأن هذا
صيد جارحة معلمة بخلاف ملك المسلم لأن الإذن إعلام فلا يتحقق دون علمه
وذلك بعد المباشرة قال وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى
عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله لما روينا من حديث
عدي رضي الله عنه ولأن الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا
باستعماله وذلك فيهما بالإرسال فنزل منزلة الرمي وإمرار السكين فلا بد
من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية
عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية
وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه
بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح
إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي
وفيه أخذ باليقين وعن أبي حنيفة أنه لا يشترط رجوعا إلى التأويل الأول وجوابه
ما قلنا قال فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل
والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي
وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه ولو أنه صاد
صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لأنه علامة الجهل و
لا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وأما الصيود

التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحل وما ليس بمحرز بأن كان
في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده
خلافا لهما هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى ولأن
فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل
بالأول بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم
الإحراز فحرمناه احتياطا وله أنه آية جهله من الابتداء لأن الحرفة لا ينسى أصلها
فإذا أكل تبين أنه كان أكله لجهله الأكل لشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول
المقصود لأنه بالأكل صار كتبدل الاجتهاد قبل القضاء ولو أنه صقر فر من صاحبه
فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب
إذا أكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل لأنه ممسك للصيد عليه
وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ الصيد
من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه لم يبق صيدا فصار
كما إذا ألقى إليه طعاما غيره وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من
الصيد والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاة بخلاف
ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية
ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل
لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ثم

تأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لأنه لو أكل
من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه
أولى بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا
لنفسه ولأن نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد
ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه والأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول
وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على الجهل قال وإن أدرك المرسل الصيد حيا
وجب عليه أن يذكيه وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم
لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ المقصود هو الإباحة ولم تثبت
قبل موته فبطل حكم البدل وهذا إذا تمكن من ذبحه أما إذا وقع في يده ولم
يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية
وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو قول الشافعي لأنه لم يقدر على الأصل
فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لأنه
ثبتت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن اعتباره لأنه
لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في
أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في
المذبوح لأنه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم
كما إذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو أنه

إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا
خلافا للشافعي لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا
إذا كان يتوهم بقاؤه وأما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل
لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل
هذا قولهما أما عند أبي حنيفة لا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار
ردا على المتردية على ما نذكره إن شاء الله تعالى وعلى هذا الذي ذكرنا إذا ترك التذكية فلو أنه
ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب
بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى إلا ما ذكيتم استثناه
مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن
موته بالذبح وقال محمد إن كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل وإلا فلا
لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو أدركه ولم يأخذه فإن كان في وقت
لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل لأنه صار في حكم المقدور عليه وإن كان لا يمكنه ذبحه
أكل لأن اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وإن أدركه فذكاه حل لأنه
إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع وإن لم تكن
فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما
لا يحتاج إلى الذبح وإذا أرسل كلبه على صيد فأخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لأنه
أخذه بغير إرسال إذ الإرسال يختص بالمشار إليه ولنا أنه شرط غير مفيد

لان المقصود حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ
ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة
الارسال فلو قتل الكل يحل الكل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال
على ما بيناه ولهذا يشترط التسمية عنده واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف
ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثاني يصير مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد
من تسمية اخرى حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما مرة واحدة
بتسمية واحدة يحلان ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله
يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا ينقطع الارسال و
كذلك الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله
وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما
لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار
ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن
ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازه
المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد واخذه وقتله فانه يؤكل وهذا
اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن لما ذكرنا في
الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام
لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان

خنقه

خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه
وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله
لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا
لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير معلم
او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في
حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده
عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ
وفقده في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل
المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعل الكلبين لوجود
المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد
فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث
ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف
ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه
فزجره المجوسي فانزجر فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه
وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله
كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله
مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت

شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به حكم الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم
وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم
فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه اذا كان
دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح
ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله
اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع
عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد
منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لان
الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد
والمعتبر الاباحة وحرمته حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال
من الثاني بعد خروجه عن الصيدية بجرح كلب الاول حيث لا يحل لانه ارسال على غير الصيد
~~بعد ان خرج عن الصيدية فانه لو كان بعد ذلك [illegible]~~
~~[illegible] وكذلك الحكم [illegible]~~
في نسخة

فصل في الرمي ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه
فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد
وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة
في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه

لان الارسال

لان الارسال منه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول
فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مشروع في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل
فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا يثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا
صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي
لا يحل المصاب لانه فعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي ياوي البيوت اهلي
والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طير فاصاب صيدا او مر الطير ولا يدري
انه وحشي او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا
ولا يدري انه ناد او غير ناد لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس ولو رمى الى
سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه
لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو
صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصابه
اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط التسمية عنده
وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على
ما بينا قال وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في
الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه
ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل
لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته

فقتله ولان احتمال الموت بسبب وقوعه في الماء قائم فلا يحل اكله لان الموهوم
في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة
ان لا نعري الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز
عن توارٍ يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما
توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى
جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام
وكواسح ارسال الكلب في هذا كالرمي في جميع ما ذكرناه قال وان رمى صيدا
فوقع في ماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه
المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط
من عالٍ يؤيده ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا
تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل
لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم
لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز
عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه
جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع
على شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى
من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او

قصبة

او قصبة نابتة او على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله وفيما
لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه
كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه
وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال
الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة
الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه
بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض
لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة
لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء قال وما اصابه
المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه اكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما
اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال
ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار
كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذا ان جرحه قالوا تأويله
اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل
لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل
لانه يقتل بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا
اذا رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما

بقطع ما لقطع فوقع الشك او لعله مات بقطع الاوداج ولو رماه بعصا او
بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة فبضع
بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في جنس هذه المسائل
ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا
الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك لا يدرى انه مات بالجرح او بالثقل
كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان
اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره
سواء فيه ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل وان لم يكن
مدميا فكذلك عند البعض لما روينا سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان
الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم لا يحل لعدم
ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان
كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا يحل الا بالادماء ولو ذبح
شاة ولم يسل منها الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما
ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا
وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد
لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة
الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار

بخلاف

بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي
فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة
لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته
بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة
يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي
وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار
هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة
لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه
حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة او تردى
من السطح او جبل لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او
فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه
لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز
او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة
لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة فيه بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك
فالمراد منه ميت الاصل بخلاف ما اذا ضربه ... ولو ضرب عنق
شاة ... حتى قطع الاوداج ... حل لوجود قطع الاوداج
ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ... حتى قطع الاوداج

لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا
ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال حل واذا احل اكله لانه بمنزلة سائر
اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة
معنى والعبرة للمعاني قال ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني والمحرم لانهم
ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف
النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكوة اختيارا فكذا اضطرارا قال
ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله
فهو للثاني ويوكل لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذه وان
كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت
بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا
اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى
الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة
الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان الموت لا يضاف الى
الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه
الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون في المذبوح بعد الذبح بان كان
يعيش يوما او دونه فعند ابي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية
لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة لها عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر

من الحيوة

من الحيوة معتبر عنده على ما عرف فلذا هذه مسالة الجواب فيه والجواب فيما اذا
كان الاول بحال لا يسلم الصيد منه سواء فلا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول
غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو
منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رحمه الله عنه تاويله اذا علم ان
القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم منه
ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة
فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري
قال فيضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا
بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد
نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو
متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى
ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمي الاول صار
بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم
ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان الاول
رماه ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ولو كان اذا
رمى صيدا فوقع حيث ما اخذه ثم رماه ثانيا فانزله لم يوكل لان المحرم كذا هذا
قال ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا يوكل لاطلاق ما تلونا والصيد

لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت
فصيدي الأبطال ولأن صيده سبب الانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو
لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء
بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن
كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي أنه عليه السلام اشترى
طعاما من يهودي ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الإجماع ولأنه عقد
وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد
بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرع
فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه إن شاء الله تعالى
وقال مالك يلزم بنفس العقد لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولأنه
عقد وثيقة فأشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء
يراد به الأمر ولأنه عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا
ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من إمضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية
في ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف أنه لا يثبت
في المنقول إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء
لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري وليس بموجب ابتداء والأول أصح قال
فإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد

قال وما

قال وما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا
أن اللزوم بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله قال فإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه
وقال الشافعي هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق
الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين
ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك
وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه
العقد إذ الحق به يتعرض للهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن
بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام إذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه
على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك وإجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن
مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالأمانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق
الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بأن يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف
ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينبئ عن
الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك
برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا والأحكام الشرعية تنعطف
على الأوضاع اللغوية ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون
موصلا إليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن
الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره

واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا
يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن
فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور الاستيفاء الا في
المالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه
بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان
العين امانة فلا ينوب عن قبض الضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا
يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة والعكس غير جائز لان
حكم الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه
عينا بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها
في كفاية المنتهى منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت
موجبه وهو الحبس على الدوام وسنبينها في ابوابها ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن
الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال
رضي الله عنه ومعنى هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها
والدين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص
على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة به ولئن كان لا يجب القيمة
الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم
القبض فيكون رهنا بعد وجود سببه فيصح كما في الكفالة ولهذا الاطلاق بحوالة القيمة

الهلاك

بالهلاك بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا
هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء كان المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان
كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء
وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدرها ورجع المرتهن
بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك
الرهن وقيمته يوم الرهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على
المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان
الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين
ومذهبنا مروي عن عمر رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن
يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء
والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق
الضمان والمراد بالتراد فيما روي حال البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال
ان المرتهن امين في الفضل قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه
لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة
والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل في القضاء
واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض
استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر يد الاستيفاء

على احضار العبد لان يد المرتهن وهو يحتمل فاذا احضره امر الراهن
بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في
تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي
وقع العقد ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن
كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان
مكان الايفاء في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه
ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل
من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل
على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن
بالدين لا يكلف المرتهن باحضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا
اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن
فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام
المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع
الحقوق اليه وكذلك لا يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين ولا يكلف لاستيفاء
نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه
مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته
في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لانها خلف عن

الرهن فلا بد

الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وقد صارت القيمة
بمنزلة العين حتى صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على
يد عدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب الدين لا يكلف احضار
الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو
وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده
يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان
احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل
بالرهن ولا يدرى اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن
وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما
جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك
المطالبة به مسئلة وان كان الرهن في يده فليس عليه ان يمكنه من البيع حتى
يقضيه الدين من الثمن لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه
ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع
فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول
الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك
بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا
الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على

على الوجه الصحيح لانه يتوفر مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين ولو هلك بعد ما سقط
الدين او ابرا به هلك بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن
لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون
الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يواجر ويعير لانه
ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه وان فعل كان
متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن
بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه
ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة
وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد
جميع ذلك مر دليله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان
الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن
بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه
غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان
العادة فيه مختلفة وان جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك
عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان
وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة
وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر
بتقلد

الثلثة

الثلثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن يتجمل بذلك ضمن وان كان لا يتجمل فهو حافظ
ولا يضمن قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك
اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه
لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن
لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه
لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة
الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن
وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل
ما كان لحفظه او لرده الى يد الراهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ
لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة
البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كرا
الماوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا الجنس جعل الآبق
فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة
الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة
الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة لانه امانة
في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها
فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها

على المرتهن وان كان في حصة الراهن فعلى الراهن لان وجوبه بسبب الحبس و
حق الحبس له في ذلك ثابت واما الجعل على ما قالوا فلاجل الضمان فيتقدر بقدر
المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من
الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه
من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين
ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه
احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب
على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي
عامة وعن ابي حنيفة لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي
وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة الحجر **باب ما يجوز ارتهانه**
والارتهان به وما لا يجوز **قال** ولا يجوز رهن المشاع وقال
الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يتفرع على حكم الرهن فانه عندنا
ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده
المشاع لقبول ما هو الحكم عنده تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو
الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه
وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي
الى الاستحقاق والحبس لو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة

فيصير كما

فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا
يحتمل بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة
القسمة وهي فيما يحتمل اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت
يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه
لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما
بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية
عن ابي يوسف لان حكم البقاء حكم الابتداء بخلاف الهبة لان الممتنع فيها ابتداء القبض
وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء فيه سواء
كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك وانما
اعتبر القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره
في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في البعض
قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض
دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون
خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع
او النخيل دون الثمرة لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان
المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون
وحده وعن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت

وشغول به وشغله به الا انتفاع الراهن بسببه فلو اخذها كلها فهلاكها من الراهن آبدار
دون البناء لان البناء اسم للمبني بعينه بما يحيط الارض وهو مشغول له
بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهو لا يمنع
الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا
تصحيحا للعقد بخلاف البيع لانه يصح بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى
ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في الرهن الا
من غير ذكره لانه ليس بتابع بوجه ما وكذلك يدخل الزرع والرطبة في رهن
الارض ولا يدخل في البيع كما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن
الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق
بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته
والا بطل كله لان الرهن حصل كانه ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون
الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع
تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف
ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان
الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون
الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في رأسها
ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلم

لانه من

268

لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر
ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة
لان القبض عبارة عن الاستيفاء فيتحقق مضمونا فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض
مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة
بغيرها كالمبيع في يد البائع لان المضمون هو الثمن وهو غير واجب فانه اذا هلك العين لم
يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما
بالاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه
مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها
لان الضمان متقرر فانه اذا كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب
قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل و
الكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل
الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام
المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلاة و
لهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن به فلو قبضه قبل الوجوب
فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين
الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد
المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود

او طالبه

باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده
فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمن قال ويصح الرهن برأس
مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء
وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا ان
المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المالية وهو المضمون على
ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب
بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف
ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا
لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة
وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا
للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا
برأس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون
رهنا بقيمته ولو هلك بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به
وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم
تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك الرهن يهلك
بالثمن لما بينا وكذلك لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه
ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته وكذا هذا قال ولا

يجوز رهن

يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد
الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في
الباقين قال ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها
لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من
الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد
الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب شيء ولا
باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع في يده لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون
ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء
والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي
كما اذا غصبها وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه
بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال متقوم في حقهم اما الميتة
فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين
قال ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد
حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين
واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله
على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا
ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه وكذا القياس في الجميع

بي حنيفة رح قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه
عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق
الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك
يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب
لما بيناه وعن ابي يوسف انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا
بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء
ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله
ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا
دينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه
قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما
يملكانه ثم قالوا اعلم ان الحسن مع المسئلة البيع فان الاب والوصي اذا باع مال
اليتيم من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف
لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته
من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه او من ابن له
صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة
شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير
من نفسه فيتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له

ماليتيم

270

من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد
في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه
الحاقا بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي لا دين عليه
بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه
لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة
في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به
متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز
وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد
بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك
الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من
جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان
الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته
الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك لو هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير
قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير
جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه
دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب
او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم

الجد

ثم استعارة الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه صح من مال اليتيم
و هلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ في الاستعارة
لحاجة الصبي والحكم في هذا كالحكم فيما بيننا نحن ذكرنا في الحال من يد الوصي
معناه هو الطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد فيه اذ الاستقراض
اي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية
الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى
هلك عنده فالوصي ضامن للقيمة لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال
وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين اذا كان قد حل الاجل
فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب
لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين
ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه
قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن و
الفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت
حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي ذكرناه
ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق
الصغير لان الاستعمال لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم
والهلاك في حالة الاستعمال [illegible] من مال اليتيم لانه ليس بمتعد [illegible] فيضمنه

قال له

الا ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن باخذه [illegible] ان كان
قد حل الاجل و يرجع الوصي في هذه الصور لانه ليس بمتعد بل هو عامل للصغير
الى ان يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذه منه ويرجع الوصي
على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ومن رهن الذهب بالذهب والفضة بالفضة
لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت
بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بالجنس وهذا
عند ابي حنيفة لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن
القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن
ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون
قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار
الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني
فيصير بقدر الدين مستوفيا وان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف
المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى
اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض
ويجعل مكانه ثم يتملكه [illegible] الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند
المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع
ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب [illegible] كذا

الا ان الشافعي [illegible] ملك نفسه فيقول الرهن من نقض الرهن [illegible]
في قيمته اذا استوى الوزن والقيمة فكان الجيد في ملكه كالحكم بالزيادة وهو مرهون
عنده الا ان الصحيح ما هو المشهور لان محمدا [illegible] وفي هذا مع ابي يوسف
والفرق لمحمد انه يقبض الوزن لاستوى ما بينهما والزيادة لانه الاستيفاء وقد
بالهلاك وفيما نحن فيه استوى [illegible] على الخفاف تقدم بفعل القبض وقد [illegible] منه
بالتضمين [illegible] ولكن لم يرتق نحو الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته
وزنه عشرة [illegible] لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان
يجبر على الفكاك لانه يتضرر بضياع زيادة الجودة على الانفراد ولا الى الفكاك
مع النقصان لانه [illegible] بغير [illegible] الفكاك [illegible] وان شاء ضمنه قيمته
من جنسه او خلاف جنسه فيكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة
الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك
وفي الهلاك يصير مستوفيا بالدين بالاجماع فكذا [illegible]
الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه يكون مضمونا [illegible] التقع المقاصة
وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي [illegible] التضمين بالقيمة [illegible]
وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته
جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق

واما عندهما

واما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لانه لا يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك
والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه ثلاثة
عشر عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده لانه لا عبرة للوزن عنده
لا للجودة والرداءة فان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا والكل بازاء
البعض فبعضه [illegible] وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان
يكون التبع امانة وعندهما [illegible] بخمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس
الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع [illegible]
ابتداء [illegible] المكسورة رهنا فعند ابي يوسف يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة
كزيادة الوزن فكان وزنه اثني عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها
حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند
المقابلة بجنسها سمعا [illegible] طول [illegible]
موضعه من المبسوط [illegible] جميع [illegible] قال وعن ابي حنيفة انه [illegible]
[illegible] بيعه جاز [illegible] والكفيل [illegible] ولا يجوز مع هذا القول الا [illegible]
او باعه شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس [illegible]
صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة
والرهن للاستيثاق وانه ملائم للوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس

والرهن معينا اعتبارا بالمعنى وهو علام صحح العقد واذا لم يكن الرهن

ولا القبض معينا او كان الرهن مشاعا على قول من لم يجز معنى الكفالة والرهن

للمبادلة معنى الاعتبار بعقد يصح وكان على ما يحصر والحكمي حين صحح فلم يمنع

الى بيع يسلم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع

صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول

الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرع ولكن البائع

بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه

وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع

قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى

ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ

عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة

بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة ولا يكون رهنا ويخلى

عنه لانه وثيقة لا يحل الرهن ويحتمل الايداع والادنى اقل فيقضى بثبوته

بخلاف ما اذا قال امسك حتى اعطيك الثمن لانه لما قال بالدين يقع عن جهة الرهن

علم انه قصد الى الاعطاء علم ان مراده الرهن منه الى الاعطاء فصل ومن رهن عبدا يساوي

الف درهم فنقص قيمته الى مائة لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي الكل وحصة كل واحد

منهما ما يخصه في الثمن الذي عقد عليه فيهما لان الرهن محبوس بالكل ايضا ثم

بحبوس

بحبوس بالكل بجزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع

فان سمى لكل واحد منها مالا من الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب

في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه اذا قضى ما سمى له والوجه الاول ان العقد

متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع ووجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان

احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز

قال وان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها

رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة

ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف

بالتجزي فصار محبوسا لكل واحد منهما فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق

الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند الهلاك

يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال فان اعطى احدهما

دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير

تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال وان رهن

رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين

وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل

من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه

عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه

كل العبد ولا وصاية القضاء للكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل
ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء للكل نوع تعذر
لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع
فيتعذر العمل بها ويفسخ التهاتر ولا يقال انه يلزم رهنا لكل لانها ان يتعذر معا
او جهل التاريخ بينهما وجد في كتب الشهادات هذا او وصية الآخر لا تاريخ لها
هذا مثل على حالة قضاء للبحث لان كل منهما اثبت بينة حيث يكون وسيلة
الى شيوع الاستيفاء وهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء
ليس هذا اصطلاحا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن يحكم الاخذ به لقوته
واذا وقع باطلا فلو هلك هلك امانة لان الباطل لا حكم له ولو مات الراهن
والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل
واحد منهما النصف رهنا بيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد وفي القياس
هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس … حكم العقد الرهن …
القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان
ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره
وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى
الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاما البينة
تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يحتمل الانقسام

الراهن لو

الراهن لو وضع على يدي عدل واذا اتفقا على وضع الرهن على يدي العدل جاز
وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا لو
رجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد
المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان
والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الراهن و
رجع العدل على المالك عند الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع
قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ
بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر
فلو هلك في يده هلك من ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي
المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن
في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وواحد منهما اجنبي عن الآخر والمودع
يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى
احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا
في يده لانه يصير قاضيا مقتضيا وبينهما تنافي ولكن يتفقان على ان يأخذاها
منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما
الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل
القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول

الذي الى المرتهن فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنه ا
بالثمن الى المرتهن فالراهن ياخذ الثمن منه لان الثمن لو كان في يده اخذه
اذا ادى الثمن فكذا اخذ ما قام مقامه ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل واذا
وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة
جائزة لانه توكيل ببيع ماله فان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل
الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا
من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه
تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله
بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه
لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله
غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما
يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة
كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان
العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات
الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري
فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل
يملك بيعه لان الوكالة لازمة فصار كالمضارب اذا مات بعدما صار راس المال

اعيانا يملك

اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعدما صار راس المال اعيانا
قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري في ماله بخلاف المضاربة
لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه وما
رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بماليته
من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى
الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا
من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى
الوكيل ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع
لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي فلا يقدر على الدعوى
والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن
وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى
الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان جواب الفصلين واحد ويؤيده
اطلاق الجواب في الجامع الصغير والكتاب قال واذا باع العدل الرهن فقد خرج
من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان
مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام
المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك
يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق

صح عقد الراهن وكذلك لو لم يحل العدل حتى قبض به لانه قائم مقام الاول
لحاوزما قال واذا باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن
فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن
الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المبيع في يده
اذا استحق فاما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء
ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء العدل لانه متعد في حقه بالبيع
والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه باع ملك نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء
رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء وان شاء
رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء
الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك
الراهن واذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع
بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون
قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع
على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث

وجب بالبيع

276

وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع
على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه
صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا
انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقضه ضرورة واذا رجع عليه
وانتقض قبضه فعاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري
سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن واذا رجع عليه
اذا قبض ولم يقبض يرجع بالضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن
غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن
المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق فلا يرجع كما في الوكالة المفردة
عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى الآمر ثم لحقه عهدة لا يرجع به
على المقبض بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون
البيع لحقه قال رضه هكذا ذكره الكرخي وهذا الوجه هو الاولى لانه يجبر هذا
الوكيل على البيع قال ولو مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله
الخيار ان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او
بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء
وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة
فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود

الراهن وان شاء ضمن

حقه حتى كان له ان يبقى ما كان من الرهن على الراهن ابو جوخ المنفى على
والملك في المضمون يثبت لمن كان عليه قرار الضمان فيتبين ان الرهن ملك
نفسه فصار كما اذا هلك المستحق الراهن ابتداء فكذا هذا الطعن الى حاكم
الفاحش وجوابه انه من جمع التغير وردنفود يتسليم كما ذكرناه اولا
بالانتقال من المرتهن الى كان وكيل منه والملك الملكي ذلك مثالحول عقد
الرهن كمكاتبه يوجب الا قولا لان المستحق يضمنه باعتبار القبض لي تسالى بسبب الرهن
فتستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية
المنتهى

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو
المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على
اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجازه المرتهن جاز لان
التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا
لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل
واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق
بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء
الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا
فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن

الراهن

تتوقف على اجازته

الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار
كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت
حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد
هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن اذ
العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات
القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد
المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك ههنا ولو باع الراهن
من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا
على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز
المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب
من غيره واجازه المرتهن جاز البيع الاول والفرق وهو
ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق
فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي
في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت
اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق
قال ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله
لا ينفذ اذا كان الراهن معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع

بخلاف ما اذا كان موسرا حيث لا ينفذ في بعض الوجوه لانه لا يبطل حق غيره
بالتضمين وبخلاف اعتاق البائع لان الاجازة تتوقف عليها اذ التحرير يقبله
اما العتق الراهن فلا يتوقف لانه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تحريره
لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او اعتق الابق
او المغصوب ولا خفاء في قيام ملكه الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن
لا ينبئ عن زوال ملكه عن الرقبة فاعتاقه يزول ملك المرتهن عن اليد فاشبه
كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملكه الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمتنع
الاعتاق يمنع الادنى بالطريق الاولى ولو امتنع النفاذ في البيع والهبة
لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد ... بعد قبضه لا يلغو على
تقرير ما اذا السعاية عند تحققه واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات
محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين
لو طولب باداء قيمته لصرف الى قدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين
مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان
سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة واذا حل الاجل اقتضاه بحقه اذا
كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته ... الا
كان بخلاف جنس حقه لانه لا يقدر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من سعى
بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال ... من عتقه وما قوله اذا كان

الصبي اخذ من الدين اما اذا كان الدين اكثر فيقدر ... اذا فقدم ...
فالسعي على مولاه لان الغير لا يقضي دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع ... على
ما يحل عنه بخلاف المستسعي في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لا ينتفي
ليحصل العتق عنده وعندهما لكمال ... بسبب من ضمان ... بعد اداء
السعاية ... الراهن ... او ... السعاية في ... المشترك ... حاله
... والاعتاق ... يكون شرط الاعتاق لان ... حق الملك
دانه اذا ... حقيقة الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية بمنزلة ...
واحدة ... المعتق ... يحال المشتري قبل القبض واذا اعتق المشتري حيث
لا يسعى للبائع الا في رواية عن ابي يوسف ... لان حق البائع في الحبس
اضعف لانه لا يملك ... ولا يسعى ... وكذلك يبطل حقه في الحبس بما
... الاعارة ... حتى يملك الاسترداد ... واوجبنا السعاية ... الحقيقي وذلك
لا يجوز ... قول ... بان قال ... عتق عنده ... العبد
ثم اعتقه بعد السعاية عند ... انه هو ... بعد العتق ... لو
ان ... حال ... العتق ... ملكه ... بعد العتق لانه ...
انقطاع الولاية قال ولو دبر الراهن صح تدبيره بالاتفاق ... فظهر
كذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع ... وكانت ... الراهن صح

الاستيلاد والاعتاق لانه يصح بدونه في الجملة وهو ما اذا استعار ثوبا ليرهنه الا انه
يصح بالرهن والامر وافتضاه او جامع الراهن ليبطلان الحجة ان لا يصح استيفاء الدين منها
وان كان الراهن موسرا ضمن قيمتها على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق و
ان كان معسرا استسعى المرتهن الامة وام الولد في جميع الدين الا انه حتى يجاب اليه
حال المعسر حيث لا يقدر الا الدين ومن الغرم لانه كسبه حقه والمجتبى في ذلك لا
قدر القيمة فلا تزاد عليه وهي المرتهن لقدر الدين فلا يرجع الزيادة وفي جملة
بالولد وان علق الولد بعد ثبوت الاستيلاد لانه من مال الولد والعتق رجع الا نرى
فانه فيه وهو مفتقر على ما قرر في الدين اداء لانه موجب البدل ثم يرجع في قيمته لانه
عن الراهن حتى يحبس مكانه منقصا بقدر العوض فاذا ادى ما له على الاقرب
الدين ولو الحق الراهن المدين وحد ومعن عليه بالسعاية وقد ابقى في البيع الاقرب
القيمة لانه حق بعد العتق ملكه فما اداه من العتق لانه يرجع على مولاه
لانه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الراهن لانه حقي فيحرم
مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين قاله
استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة ويكون رهنا في يده
لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا
المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا
غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في خمسمائة الزيادة

كانه هلكت بآفة سماوية ولو عشر ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك
لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك
فلو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا
في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه فاذا حل الدين وهو على
صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل رده
على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين لم يرجع
الى الا بحسابه وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وحيث كان الاستهلاك خمسمائة
وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك فسقط الدين بقدره و
يعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر وهذا يضمنه
بالاتلاف وهو قيمته يوم الاتلاف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن
ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية
ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان
يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو
هلك الراهن قبل ان يرده الى المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء
وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال
الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا
بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته

وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل
واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف
الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن
الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن
اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم لمثله لتصرفاتهما يبطل به حكم الرهن اما
بالعارية فلم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن
ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك
بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان
لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا
اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال [illegible] ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به
من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات
ملك العين واليد وهو تمليك الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين
ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا
في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز
للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة
لان غرضه ان يحتبس ما تيسر اداؤه وهو ينفي النقصان لان غرضه ان يصير
مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذا التقييد بالجنس

بالمرتهن

بالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض
وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف صار ضامنا ثم ان شاء
المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين
على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به
ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن
لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا
دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه
وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن
لما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية
دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب
الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان
يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع
حيث يخلص ملكه فلهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف
الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ
ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان
يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا دينه بهذا وهو [illegible]

على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك
في حال الرهن ولو اختلفا في مقدار ما امره به فالقول قول المعير لان القول
قوله في انكاره اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه بدين موعود وهو ان يرهنه
ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر
المسمى لما بيناه انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن لشيء لان سلامة مال الراهن
باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته ولو كانت العارية عبدا
فاعتقه المعير جاز لقيام ملكه فيه ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن
لانه لم يستوف وان شاء ضمن المعير قيمته لان حقه قد تعلق برقبته برضاه و
قد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير
لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم
العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم
يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين
رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذا اذا افتكه الراهن ثم ركب
الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بالا
انفكاك يصير بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك و
قد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد
من الوصول الى يد المالك اما المستعير للرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه

عند الهلاك

عند الهلاك ويتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه
تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق
حق الورثة بمال المريض مرض الموت لنفاذ تبرعه بما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته
اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبدا يخدمه مكانه قال وجناية المرتهن عليه
تسقط من دينه بقدرها ومعناه اذا كان الضمان على صفة الدين وهذا لان
العين ملك المالك وقد تعدى عليها المرتهن فيضمن لمالكه قال وجناية الرهن
على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن
معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فلان جنايته
على المالك في الاخرى انه لو كان المرهون عبدا تكون جناية المغصوب على المغصوب منه
لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكسب له وهذا لانها
جناية من غير مالك فاعتبرت ولهما ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي
الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم اذا شاء الراهن والمرتهن
لا يطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان
عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا
يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق
اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو
الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة انه يعتبر بقدر الامانة لان

ربطلبه الارش ووهما ما جناية المرتهن وان كان للمرتهن

الفضل لبقي صيانة شبهة حيث انعقد الولد على المسود ح وعندنا لا يجبر
لان حكم الرهن وهو الحبس ثابت نعم صار كالفضيض وهذا الخلاف احاطة المرتهن
ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة مسائل معينا كالجناية على الآدمي
قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة
ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه
ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين
عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فشابه انتقاص العين ولنا ان
نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به
الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر
الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا
بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف
لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان
مقابلا بالدم على اصله حتى لا يزاد على دية الحر لانه اعطي له حكم المالية في حق
المرتهن فيتعلق بالمالية كذا اصله من عرفت ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد
المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا
فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي
الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا للتسعمائة

بالهلاك

بالهلاك بخلاف ما اذا ماتت من غير فعل احد لانه يصير مستوفيا للكل بالعبد لانه لا يؤدي
الى الربوا قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء
من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه
بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا قال
وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع
الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له ان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر
بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فبقي الدين بقدره ولنا ان العبد الثاني
قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين
عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مقامه ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير
في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد
الغاصب يتخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام
الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع ان عين الرهن امانة عندنا فلا يجوز
تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع
لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تمليكه باداء الضمان مشروع
ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة درهم ثم قتله عبد يساوي
مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية

على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين
على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الفداء حصل في ضمانه فكان عليه
اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية
لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع
عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان
اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك
وكذلك اذا فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء
بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع
او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن
ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما
ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين
الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين
الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء
وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم
على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين
غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان
الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل

سقط

سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى
رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه
وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن
ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك متعلق برقبته
وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه
وجب عليه بفعله واذا كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى
العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون
على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين
المرتهن والدفع لا يجوز في حصة المرتهن لما بيناه واضافه الى صاحبه
فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس
في الفداء من ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق
المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن واذا قال المرتهن انا افدي له ذلك لانه ليس
ابطاله كي يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء
غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واذا قال الراهن فكذلك
ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء
متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختار
فيطالب الراهن بحصته والحالة هذه كان متطوعا وهذا عند ابي حنيفة

انه لا يرجع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله ولو ابى المرتهن ان
يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط
الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف
الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين
بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه
فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له ان يرجع عليه فيصير قصاصا بدينه
كانه اوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر
فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره
فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه فقد
تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا يتعذر مخاطبته فالمرتهن يحتاج
الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا بالاصلاح الامانة فلا يكون متبرعا
قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه
ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا وصيه
وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق
المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره
ويستوفي ما له من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه

لم يجز وللآخرين

لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار
بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم
اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه
لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل
جاز لانه استيفاء وهو يملكه وقال رضه عنه وحق رهن الوصي نفسه كما نذكره في كتاب
الوصايا فصل ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي
عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية
بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى
عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة
ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار
يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا احيي بعض المحل
يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها
حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما
الرهن يتقرر بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا من منع مسألة البيع ويقول يعود
البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه
متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه
فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها

لم يدخل تحت العقد مقصودا إذ العقد لا يثبت ولما وان يملك الاصل ويقابلها
افتكاك الراهن بحصته يقسم الدين على قيمته يوم القبض وعلى النماء يوم الفكاك لان
الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته
والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع بخلاف ما اذا هلك الاصل تسقط من الدين
لانه يقابله الاصل مقصودا وما اذا هلك النماء افتك الراهن بما ذكرنا وصور المسائل
على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات
ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما
حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لان الاباحة يصح
تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليست بتمليك فتصح مع الخطر ولا يسقط شيء
من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن
قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط
وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل
المرتهن والفعل حصل بتسليط من جهته فصار كأن الراهن اخذه واتلفه فكان
مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا
اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال
ويجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن
رهنا به وقال ابو يوسف تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما

والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه
في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن
في البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق
باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين
وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا
شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير
معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد نقضه
والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد
ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين
على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة
يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا
في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بالقيمتين في وقتي
الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فيعتبر قيمة كل واحد
منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ماتت الام ثم ان الراهن
زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد منهما الف فالعبد رهن مع الولد خاصة
يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام

ولو كانت الزيادة مع الام تقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى
قيمة الزيادة يوم الفكاك لما ان الام تقسم عليها وعلى ولدها بان الزيادة د
دخلت تحت الام قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر
قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن
في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض
والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين
باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما
لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان
يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه
كمن كان له على آخر الف جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه
بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل
لا يشترط لانه يتبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض
الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرجع الى عين مضمون فيتصور بخ
عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن
في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او
بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة
ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية

المنع وكذا

المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او
ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في
يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو
استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك
بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف
الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء
لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب
مطالبة مثله فاما هو فهو باق فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فينتقض
الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لان الاستيفاء
وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك
بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له
على المحتال عليه وما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الموهوب
وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين
بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل
بسبب والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح
او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة فكان
متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه
جهنم الاية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود
لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام
العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة
المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان
الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي
الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا
للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره
لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من
الكتاب وما رويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص
يصلح للمماثلة وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطاء وجوب المال
ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال
فلا يتعين مدفعا للهلاك قال ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب لان الحاجة
الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطاء فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة
وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها
في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام

لا ميراث

لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح
ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر
عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه
يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لانه يقصد بها غيره كالتأديب
ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد بها
الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ
العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل
ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا
فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة
قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة
لشبهه بالخطاء والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل
ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في ثلاث سنين
لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ ان شاء الله تعالى من بعد ويتعلق به
حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان
الميراث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطاء
على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او
يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك

الكفارة والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي
على العاقلة في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد به
اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت
في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لانه
اثم فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ
موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع
البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله
فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه
اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه ~~يتعلق به حرمان الميراث وقال~~
سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه
ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطأ في احكامه لان الشرع
انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق
غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه
كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها
لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون
آلة باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه قال القصاص واجب
بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن

الدم على

الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر
والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد
ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة
وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد
لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان قال ولنا
ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان
القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا
ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر
ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي
ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار
والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما
روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل
المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك الذمي بالمستأمن
لانه على قصد الرجوع الى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن
قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير
والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار
التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني

قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عم لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه
حجة على مالك رح في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له
افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن
والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء وان علا
في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت
لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره
ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه
وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا
على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رح
يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى
القصاص على المساواة ولنا قوله عم لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان
فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بما فعل فيتحرز عنه كما في
كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء
فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه
سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره
بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف
السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم

والحكم متحد

والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به
بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى
فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث
ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رض في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى
لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى
في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات
ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص
حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل
حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا
قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها
وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه
وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا
والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا
من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف
فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في
النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هاهنا ان المقصود من
الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود

الشفع وهو مختص بالاب على الابتداء العفو لان الاب لا يملك ما فيه ابطاله
عوض وله ان يصالح الوصي الا انه لا يستوفي القصاص في النفس ولا يملك العفو
لان المقصود منه التشفي وهو يختص به ولا يحتمل ذلك دون الاطراف فيملك الصلح
سلك الاموال فانها خلقت وقاية للنفس كالمال على ما عرف ويملك استيفاءه
بمنزلة التصرف في المال ولا يملك القتل لمنزلة التصرف والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا انه
ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته قال ومن قتل
وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم
ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم
التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان
بين الكبيرين واحدهما غائب وكان بين المولين وله انه حق لا يتجزى
لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فثبت لكل واحد كملا
كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت
ومسألة المولين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد
قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد
الحديد لوجود الجرح وان اصابه بظهره فعندهما يجب وهو رواية
عن ابي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وهو الاصح
ثبت ... وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما

تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص لانه لا بد من الدم
في القتل هو ... العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما نبين
وفيما هو بمنزلة السوط ففيه خلاف الشافعي وهي مسألة الموالاة وله ان الموالاة في
الضربات الى ان مات دليل العمد فيتحقق الموجب ولنا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد
ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب
او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب
المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر
فلا قصاص عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عنده يغرق
جزاء وعندهما يقتل كما بينا لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولابي حنيفة
قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفي كل خطأ ارش ولان الالة غير معدة
للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص
ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلم ولا تماثل بين
الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر
لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة
وقد اومأت اليه اضافته الى نفسه واذا امتنع القصاص وجبت الدية
وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايات في الكفارة قال ومن جرح

رجلا عبدا علم من لدنه صاحب [illegible] فعله القصاص [illegible]
ما نطق بحكمه [illegible] فاضيف اليه قال واذا الحق القصاص [illegible]
[illegible] مشرك [illegible] الكفارة لانه [illegible]
يخطئ ما شاء [illegible] لا يوجب القود ولا يوجب الكفارة [illegible]
ما نطق به نص الكتاب [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] قال [illegible]
[illegible]
[illegible]

طرق الدفع

طرق الدفع [illegible]
[illegible] قال [illegible]
[illegible]

لوجود المبيح وهو دفع الشر بحال آلته قال ومن شهر على غيره سلاحا
فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج
من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا
فأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولأنه
يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل ما تلونا إذا كان
لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل **باب القصاص فيما دون النفس** ومن قطع
يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى
والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة وكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص
وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها
لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن
لإمكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع
المماثلة في القلع وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة
على ما قال في الكتاب تحمى المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة
فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة قال وفي السن القصاص لقوله تعالى
والسن بالسن وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت
بالصغر والكبر قال وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص قال ولا
قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما

وقال رحمه

وقال رحمه الله القصاص في كل عظم والمراد غير السن ولأن اعتبار المماثلة في غير
السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ولو قلع
يقلع فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد
أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة والقتل هو الذي يختص بها دون ما دون
النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق إلا العمد والخطأ قال ولا قصاص
بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا
للشافعي في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة
لها ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت
في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش
لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله بخلاف الأنفس لأن المتلف إزهاق الروح
ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما
في الأرش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها
فلا قصاص عليه لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه
وكذا البرء نادر فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهرا قال وإذا كانت يد المقطوع
صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة
ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرش كاملا لأن استيفاء الحق كاملا متعذر فله أن يتجوز
بدون حقه وله أن يعدل إلى العوض كالمثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الإتلاف

ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالرديء مكان
الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا
لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته
بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه
اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة
ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء
اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش كاملا
لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين
قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق
المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير لانه يتعذر
الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهته
الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا
قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه
يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة
الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض
الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او
بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة

اذا استقصاها

اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا
قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها فصل واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول
على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي
له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل
الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق
ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء
واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر
فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال
لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها
ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان
يصالح عن دميهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد
الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض
سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية وهذا لان
القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما
ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر
بتوريث امراة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث
حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي

وارث الابن فيثبت لسائر الورثة والواجب يثبت حقا للعبد اولا ثم حق
الارث او يثبت الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت الحق لكل
منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق
البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل
رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة
لاختلاف القتل والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب
نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه
اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر يجب في
سنتين فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية
فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكل يجب
المال في ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين
في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من
جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل
بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا
قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك وان حضر واحد
منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين
المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم

فيقتل لهم

فيقتل لهم ثم يجب بقية الديات لان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه
قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع
ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل
الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد جرح
صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص
مشروع مع المنافي تحقيقا للاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن وجب عليه
القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد
الجاني [illegible] بخلاف [illegible] الواجب [illegible] قال واذا قطع رجلان يد رجل
واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي تقطع
يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالنفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او نجمع بينهما بجامع الزجر ولنا
ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل
متجزى فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق
لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على
قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث
قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهي تجب بقطع يد وان قطع واحد
يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين

سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول
وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني
كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا
انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص
ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع
ثبوت حق الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد
يمينهما على التعاقب تستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع
يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق
الغائب فاذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى
به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره
لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه
مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى
لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا
يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول
والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد
فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر فصل ومن قطع يد رجل خطأ ثم
قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت

يده ثم قتله

يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت يده ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا
والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم
يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع
فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين
لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل
وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة
وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال
اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا تقطع
يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع
متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة
في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان
الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز
فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا
خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش
اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل
وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان
قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة

لانه

لانه لما برأ منها لا يبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق العقوبة فبقي
الاعتبار للعقوبة وهذا لان كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة
وعن ابي يوسف يجب حكومة العدل في الالم وعن محمد انه تجب اجرة
الطبيب فيمن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه وبقي لها اثر تجب حكومة العدل لبقاء
الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس **قال** ومن قطع يد رجل فعفا
المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن
القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو
من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا عفا
عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس
ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا
سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول
الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا
عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب
الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه
عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه
ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب
للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة

للقود

للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل
من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو
عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في
عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا
وخلافا [illegible] الا انه اذا كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو
من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار
كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث
قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها
الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد
اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه
من القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح
مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج و
ان كان يتضمن العفو على ما بيناه لكن عن القصاص في الطرف في هذه
الصورة فاذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد
والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة
ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل يرده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده
الورثة عليها وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس

يتباين انه الا انه لليد وان لم يسم معه ومع هذا مهر المثل كما اذا تزوجها

لها على ما في اليد من القصاص صحيحا ولا يقبل حكما لان الدية تجب على العاقلة على الحال

قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد

فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما

وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا

فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان

يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها

ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر

بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية

ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم

يتحملون عنه فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم

من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج

يسقط ثلثه وقالا كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان

قال العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين

ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين

ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب

سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف

انه يسقط

انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه

ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان الحق فيه وبعد السراية تبين

انه في القود فلم يكن مبرءا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع

يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد

عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف

النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ او ما

عفا وما سرى ولم يبرأ بعد او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار

كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه

استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب

القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب

المال وانما لا يجب الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه

وملك القصاص في النفس ضرورة لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الا

عتياض لانه تصرف فيه فاما قبل ذلك فلا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا

سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى فقد قيل انما يتبين كونه قطعا بغير حق

بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو

استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع ان كانت قائمة فما قطع الكف

تابعة لها بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس لكونه حقه قال ومن له القصاص في الطرف اذا

استوفاه ثم سرى الى النفس وقال يضمن دية النفس عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لانه
استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص
اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمامور
بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع
ظلما كان قتلا ولانه جز الرقبة اذ فوات الحياة في مجرى العادة وهو مشروع في العفو
الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف
فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجب لا يتقيد
بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب
الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد باب الشهادة في القتل

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب
فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع
وكذلك الدين يكون لابيهما على الآخر لهما ان القصاص طريقه طريق
الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض
ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط
بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص
طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت
والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لان الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا

نصب شبكة

نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه اذا كان طريقه الاثبات
ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره قال فان
اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص
لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا
باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين
رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الخلاف لما بينا قال فان
كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة
وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود
مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه
لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فيصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود
عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية
معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط
القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب
المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما
في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه
وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك لكنه يصرف
فلكه الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان

على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهد صار مقرا للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواه العفو على الغائب وانقلب نصيب الاخر مالا فان صدق الشاهد في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فقد اقر لهما بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا **قال** واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار صاحب فراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح **قال** واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بأي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد **قال** ان شهدا انه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان

الفعل يختلف

الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا او اولوا كذبهم في نفي العلم حيث ما ورد بالاطلاق في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاجمال بالشك فتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة **قال** واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر انه قتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له في غيره فتكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وفي الثاني تكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق الشاهد وانه يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل **قال** ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي

بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل كان
عمدا اما القود فسقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم
ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم
لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا
لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع
السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد عليه ما بين قيمته مرميا
الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة له ان العتق قاطع للسراية و
اذا انقطع بقي مجرد الرمي وهو جناية تنتقص بها قيمة المرمي اليه
بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي
لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه
اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء
لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي فقبل الاصابة ليس
باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب
ضمان فلا يتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى قال زفر
بخلاف القطع وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه
قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد

الشهود

ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي و
هو مباح الدم فيها وكذا اذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية فالصيد لا يؤكل و
ان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل
والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية والسلب بها عنده ولو رمى المحرم صيدا
ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه
لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت
الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم كتاب الديات قال وفي شبه
العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات
قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد
فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به النص
والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء
او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر
سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال
وهو كفارة الخطأ لما تلوناه ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل
ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة
وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون
ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط

والعصا وعنده ثلثه من الابل اربعون منها في بطونها اولادها خلفة وثلاثون حقة
وثلاثون جذعة ولان شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولنا ما روي
عن [illegible] انه من مائة من الابل ارباعا [illegible] عن الصحابة [illegible] التغليظ
وابن مسعود رضي الله عنه قال في التغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارضه
قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية
من غير الابل لم تغلظ قال ودية الخطأ تجب على العاقلة والكفارة
على القاتل كما مر قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة و
عشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا نحن والشافعي رح
الا انه الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما روينا ولان ما قلنا
اخف فكان اليق بحال الخاطئ لان الخطأ معذور وعن [illegible]
ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن العين الف دينار
ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا
لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي
عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتأويل ما روى انه قضى بها من دراهم كان وزنها
وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة
وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة

ثوبان

ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم
بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير
بالابل عرف بالاثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة
على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع
الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ
موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف
واماما هو فيه حديث ابن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه ولان حالها انقص
من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في
اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء
وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة
درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر
نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا

ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة
وفي الامة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال في الجائفة ثلث الدية
وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية
ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى
من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية

انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه
مروي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا
شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع
قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة والحكم مرتب على الشجاج التي تختص
بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على
الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر
وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما
ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص
بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل
ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر
وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا
هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا
وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل
على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر
الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية
وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة
فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل و

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا
فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو
الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي
اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان
قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة
عدل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع
الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية
واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد
آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا
في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا
كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تبع ولا تبع للتبع قال وان قطع
الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان
فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف و
الاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع
بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد منهما اصل
من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا
لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح

ما خف القراءة والتكلم او بعد الترجيح ما خف مقدار الواجب لو كان في
الكف فلا يتبعه اصابع على ارش الاصابع والاثني في الكف بالاجماع لان
الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فيستتبع الكف كما اذا كانت
الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا
للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية
قال وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل وقال
الشافعي تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فشبه قطع المارن والاذن ولنا
ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك
بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال
وقد وجد الكمال وكذا لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت
ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر
فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال ومن شج رجلا موضحة فذهب
او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع
الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر
حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة
كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع
الدية وقال ابو يوسف رحمه الله [illegible] خلافا له كما في الجنايتين وجوابه ما ذكرنا قال وان [illegible]

سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قال ابو يوسف الحسن في
الاولى [illegible] وعن ابي يوسف ان الشجة يدخل في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر
وجه الاول ان كل واحد منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه
الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته يعود الى جميع الاعضاء على ما بيناه وجه
الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال ومن شج
[illegible] ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية
في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع
او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك ويجب الدية في المفصل الاعلى
وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا
سواء كان ... الخطأ او العمد ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر
المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه وقع موجبا للمال
فصار كما لو شجه منقلة فقال اشج موضحة واترك الزيادة ليس له ذلك وفي النفس
مع ما دون النفس ... فيكون جنايتين ... [illegible] لا يسقط ... الا
على ابي حنيفة رحمه الله ان ... القصاص في الاولى وله ان
الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فلا يجب القصاص ولان الفعل
حقيقة واحد ... ... بحيث لا ينفك احدهما عن الآخر ...

فانه شبه بخطأ في البداية بخلاف ... لان احدهما ليس من جنس ... صح
وكذا اذا ... مع السكين على الاصبع لانه ليس بجلاء ... او ان قطع ... صحيحا
وكان احدهما ... لا قصاص ... ذلك ... وعلى الاول ...
... القصاص ... ارشها ... [illegible]
ان ... الاول ... [illegible]
لان ... السراية مباشرة ... القصاص ... بخلاف ... الغير
لانه ... القصاص ... [illegible]
القصاص ... القصاص ... النفس ...
وعلى الاول ... والشهود ... [illegible]
موجبة ... بخلاف السراية الى النفس لانه لا ...
فالقلب ... مباشرة قال ولو كسر ... فسقطت فلا قصاص
... ولو ... [illegible]
... ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش ...
وقالا ... الارش كاملا لان الجناية قد تحققت ...
... ولو قلع سن ... [illegible]
... الارش بالاجماع لانه ... [illegible]
انه ... لان الالم ... ولو قلع سن غيره ... فردها صاحبها ...

وثبت عليها

وثبت عليها ... الارش ... لان ... لا يعود ... ولو ...
لا يعود ... او قطع اذنه ... لانها لا يعود الى ما كانت عليه
قال ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن
الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان
الموجب ... النبت ... مكانها اخرى ...
ولهذا ... الاجماع ... القصاص ...
... الخطأ ...
... القصاص ... اخطأ ...
... حق ... القصاص ... قال ولو ضرب
ان سنه فتحركت ... الاجل ... سنة ثم ...
وقد سقطت ... فالقول للمضروب
ليكون التأجيل مفيدا ... موضحة ...
فاختلفا ... القول قول الضارب لان الموضحة لا ...
السقوط ... فالقول ...
لان ... الاجل ...
القول ... الضارب ...
على الالم ... ولو لم يسقط ولكنها ...

تسقط

يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص
لانه لا يمكن ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود
الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر او اصفر في الصحيح
قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل
لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه اجرة الطبيب
لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله
الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم توجد
في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها
فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف مضى
في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط
ارش اليد لان الجناية من جنس واحد وموجبها واحد وهو الدية وانما بدل النفس
بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة
لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص
في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عم يستأنى في الجراحات
سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم لعلها
تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط

القصاص

القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل
لقوله عم لا تعقل العاقلة عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه
مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه
الثمن قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي تجب حالة
لان الاصل في ما وجب بالاتلاف ان يجب حالا والتأجيل للتخفيف في حق العاقلة
لتخفف ولما بعد المال وجب جبر الخلف وهو في نفسه حالا والاعتبار بالموجل قال ولنا
انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى
تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا
فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز
وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا
ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال
وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمس
فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله حالة لانه
حقيقة اذ العمد هو القصد حقيقة غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص
فينسحب عليه حكم الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة ويحرم عن الميراث
على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل
المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل

لحا طري اسمي الحفيف صح وحدت الدية على العاقل والقتيل وهو عذر او
لهذا التخفيف ولانه لم يجعل لعدته فانما ترتب على الاثم والعلم العقل ومخرون
عدم العقل والقتل قاصر العقل فانه يجعل منها القصد فصار كالنائم و
حرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها
ولا ذنب تستره لانهما مرفوع القلم **فصل** في الجنين واذا ضرب بطن
امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه
دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة
درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للا
ستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي عم قال في الجنين غرة عبد او امة
قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من
قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة
درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عم قضى بالغرة على العاقلة
ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي عم دية حيث قال دوه وقالوا اندي
من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة
وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون
موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله صلعم
جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة

فهو بدل

فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث
وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل
اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب
عليه في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الحيين
انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار
واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا
بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها
وقد صح ان النبي عم قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج
الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل
شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال
الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا و
هي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه
بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك **قال** وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل
نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت
ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة
ولا ميراث للقاتل **قال** وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته
لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه

من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقداره من الاصل ولكنا نقول انه بدل النفس لان
ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان
بدل النفس فيتقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام
اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال فيقدر
على ما ذكرنا ويصح الاعتبار على اصله فان ضرب فاعتق المولى ما في بطنها
ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله
بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب
قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل
هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان
الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد قال ولا كفارة في الجنين
وقال الشافعي تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة
فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل
البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى
كان افضل ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه
بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد
في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق
هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا باب

ما يحدث

ما يحدث الرجل في الطريق ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او
جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان لكل واحد صاحب
حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد
حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي
عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بما
في يده اذا لم يضر به احد فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس
بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت
الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضربهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق
النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل
في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع
ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فيبقى على الشركة حقيقة
وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على
انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه سبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق
وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب
وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع
على اخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه

سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه
لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من
الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه
يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس
بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف عليه
وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف
اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا على الطريق ثم باع الدار فاصاب
الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها
فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع
لم ينفسخ بزوال الملك وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه
متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح
فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها
فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار العملة لاخراج جناح او ظلة فوقع
فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم
وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى
وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر
عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار

حتى استحقوا

حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه
فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا
اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك
في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل
ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش الماء كثيرا
بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة
لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل
هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور
على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق
يضمن لانه مضطر الى المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذه جميعه
او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا
قال واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات
يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء وسط الطريق فالضمان على الاجير
لفساد الامر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك
انسان فديته على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه
غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب
واتخاذ الطين بمنزلة القاء الحجر والخشبة في الطريق لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق

فعطب

فعطب بموضع آخر فيه لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث فيه شغلا
وانما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعلق به
كان متعديا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحّاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان
على الذي نحّاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر
وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او
اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة
وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام
او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل
في الطريق مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفره في ملكه لم يضمن
لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء داره لان له ذلك والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء
مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا
بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمن لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات
الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب
اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه
لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها
لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر اجراء
فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في

غير فنائه

في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا بفساده فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا
مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره
الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب
والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء
لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فترجح جانبه وان علموا
بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا
اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على
الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر
لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين
والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا
بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام
فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة
في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعدٍّ وهو تسبيب والثاني تعدٍّ وهو مباشرة
فكانت الاضافة الى المباشرة اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما
في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو
ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب
به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج

اي بعثرة والسقوط آثار
وهو قوله فعطب به انسان التعثر

في القصد لو صحا التلاف ولا لا يبنى لا القصد حفظ ما عليه فيجب بالقصد
ما ذكر في المجتبى ومباحا مطلقا وعن محمد اذا دخل المسجد لا لطلب شيء ولا حاجة لان
المساجد لا بد عوا لما لبس قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا
او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك
من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل
احد مأذون في اقامتها فلا تتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل
المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام
واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان
فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط
السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على
الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به
رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلاة او نام فيه
في اثناء الصلاة او في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف
واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما
بني للصلاة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه
مباحا لانه من ضرورات الصلاة او لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن

كما اذا كان

فيما اذا كان في الصلاة وله ان المسجد بني للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها
فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا والجلوس لما يلحق به
مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو
مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ
غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة
فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلاة وامر الصلاة بالجماعة
ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده فصل في الحائط
المائل قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه
فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال و
القياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه
لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار
كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء
المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع
صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا
طولب كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم
نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به
ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر

خاص يحتمل لدفع الضرر العام عنه فيما يتلف به من النفوس بخلاف الدرة ويتحمل الضرر الخاص
لانه لو كونه خاصة دون بخلاف يحتمل من تحقيق بالطريق الاول كمسلا لودي الى
استيصاله والاجحاف به وفيما تلف به من الاموال كالدواب والعروض ضمانها
في ماله لان العواقل لا تعقل الاموال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون
الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط
وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم
حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بني الحائط
مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء
كما في اشراع الجناح قال وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم لانها ليست
شهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من
امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان
الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة
حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد
كل واحد بها حتى به قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار
خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان
لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها
او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم

فاذا مال

فاذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة
الناس وليس اليه ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري
برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح
لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه
لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما
طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن
لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى
الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى ابي اليتيم او امه في حائط
الصبي لقيام الولاية وذكر الامام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء
كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن
لان ولاية النقض له ثم التالف بسقوطه ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان
نفسا فهو على المولى لان الاشهاد عليه من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد
وضمان النفس على المولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من
نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط
الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه
لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه
اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل

ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لأن التفريغ
إليه وإن كانت ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها قال وإذا كان
الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل إنسانا ضمن خمس الدية ويكون
ذلك على عاقلته وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا
فعطب به إنسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقالا عليه نصف
الدية على عاقلته في الفصلين لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب
من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية
وجرح الرجل وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لأن
أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف
إلى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فإن كل جراحة
علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل
لعدم الأولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما
أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت
وكذا إذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها والأصل أن المرور في طريق
المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره
من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل
النظر من الجانبين ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن

الاحتراز عنه

الاحتراز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن
الإيطاء وما يضاهيه ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه
والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به
وإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه
عن النفحة فصار متعديا في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال وإن أصابت
بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين إنسان
أو أفسد ثوبه لم يضمن وإن كان حجرا كبيرا ضمن لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه
إذ السير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة وإنما
ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف قال
فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به إنسان لم يضمن لأنه من ضرورات
السير فلا يمكنه التحرز عنه وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل
ذلك إلا بالإيقاف وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن
لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة
من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به قال والسائق ضامن لما أصابت بيدها
أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة
قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره وإليه مال بعض المشايخ ووجهه
أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه

التحرز عنه وقال الشافعي ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها
اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه
كبحها بلجامه وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشيخ يضمنونها ايضا لان
فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عن الرجل جنايتها بالنفحة
بالرجل واسقاط العين بخلاف الحكم في الكره وهذا الخلاف بالغرب قال
وعلى الراكب الكفارة وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقايد لانهما مسببان
بسبب شرعي شرط السلامة وهو التقرب الى الدابة او ... الجناية فيتقيد بشرط
السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته
الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء
لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة
مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب
في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب
حرمان الميراث والوصية دون السائق والقايد لانه يختص بالمباشرة
ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب
مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان
عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا
فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد

منهما نصف

منهما نصف دية صاحبه وروي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما
مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه
ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه
جراحة او حفر على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف
فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو
المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر
ووقع فيها لا يهدر شيء من الدية وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل
المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه
انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا ما ذكرناه و
فيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق وهذا الذي ذكرنا اذا كانا
حرين في العمد ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته
ومعا فقدا وفات لا الى خلف من غير فعل المولى فهدرا ضرورة وكذا
في العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا
والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر
ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي يوسف رحمه الله يجب
القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه
ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر المقتول نصف

منه العبد لان المضمون هو النقص في العبد وهذا القدر ما يخف ولي المعتوه
وما يلحق العبد في رقبته وهو نقص ولهذا يسقط بموته الا قدر ما يخلفه
من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل
فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواتها كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه
متعد في التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف
الرداء لانه لا يشد عادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على
عاتقه دون اللباس على ما قدمنا فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا
فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به القائد والدية على عاقلته
لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك فقد صار
متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس
على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما
لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان
السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما
بما هو خلفه ويضمنان ما بين يديه لان القائد لا يقود ما
خلفه لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال
وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله
فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة

صار متعديا

صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في قتل الخطأ ثم يرجعون بها
على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما يجب الضمان عليهما
في الابتداء لكل واحد منهما سبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب الى
لا اتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه
امر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط
اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه
لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها
سائقا فاصابت في فورها يضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو
ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل
السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة
وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن
سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح
نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد
فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة
في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال
الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاذا
اصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها

ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه
وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد
ثم سارت فأخذت الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه
من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الإرسال و
بخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره لا يضمنه من أرسله
وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه أما
الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي ولو أرسل بهيمة
فأفسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وإن مالت يمينا أو شمالا وله طريق
آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا ليلا
أو نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة
ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته
قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منها اللحم فلا يعتبر إلا
النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل
والفرس وقال الشافعي فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي أن
النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولأن فيها
مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه يشبه
الآدمي وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه يشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه

الآدمي

الآدمي في إيجاب الربع وبشبه الآخر في نفي النصف ولأنه إنما يكون إقامة العمل
بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات
إحداها ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو
ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب
هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولأن الراكب والمركوب مدفوعان
بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ولأن الناخس
متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان
واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه متعد
في الإيقاف أيضا وإن نفحت الناخس كان دمه هدرا لأنه بمنزلة الجاني على نفسه
وإن ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسبيبه
وفيه الدية على العاقلة قال ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته
كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بينا والواقف في ملكه والذي
يسير في ذلك سواء وقف أو لم يوقف لأن الضمان عليهما نصفين لأن التلف
حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما
وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه
في نفحتها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في معنى السوق فصح أمره به وانتقل إليه لمعنى
الأمر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما

جميعا اذا كانت في صورها الذي يخشى لان سيرها تملك بها الرقبة
الثاني ان الاول يقال فعل السوق والمشي ولهم حصل ثم اختلاف نحوهما
الوجه للعقد عليه الكرم ان كان عليه السوط فالمختص ليس بمبرر لانه لغالبة
بل هو شرط او على للسير والسير عليه السوط وهذا لا يرجح صاحب الفتح
جرحا انه وقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق وقالوا انه عليهما
لان الجرح شرط علة اخرى دون علة يجرح كذا هذا ثم قيل في جمع زيادة في
الراكب فانه في الابطال لا يعمل بامره ويقال لا يرجع وهو الاصح فقال ان
لانهم بامره بالابطال والمختص ينقص عنه وصار كما اذا امر صبيا السيف
على الدابة بسيرها موليت انه وقع ما حب من عاقلة الصبي فانهم لا يرجعونه
على الامر لانه امره بالتسيير والابطال ينفصل عنه وكذا اذا اودع سلاحا
يقتل به اخر ضمنه لا يرجع على الامر ثم ان صبي ما يضمن اذا كان الابطاء
في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان
على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب الكمال ومن
قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس
وكذا اذا كان سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان
في رقبته واذا كان صبيا ففي ماله لانهم مواخذون بافعالهم ولو نخسها
شيء منصوب في الطريق فنخست فالضمان على من نصبه لانه متعدي

يشتغل الطرق

يشتغل الطريق في ما ضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك

والجناية عليه قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها
او تفديه وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش
وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة له ان
الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تحمله
ولا عاقلة للعبد لان القول تعدي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه
فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا
ان الاصل في الجناية على الادمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله
والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلته الذين
كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة
حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته
صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه
يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا
يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد
لفوات محل الواجب وان كان حق له تحول الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف
موت الجاني لان الواجب يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال
فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع

فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه
جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم
مقامه وياخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي
الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء
فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له وان لم يختر شيئا حتى مات
العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات العبد بعد ما اختار
الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال وان عاد فجنى كان حكم
الجناية كحكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم
يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى
ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما
لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى
ان ملك المولى لا يمنع التعلق فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله
على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد
المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا
وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى
هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه
من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد

اذا كان له

اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الاخر لان
الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه
فلا يملك التفريق في موجبها قال وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن
المولى الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه المولى بعد العلم بالجناية وجب
الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء
لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع
فالاقدام عليه اختيار منه للاخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير
والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية
الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه
نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه
في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس
وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري
لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع
لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به
بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير به مختارا
ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه
بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى

بما ذكرناه لان معنى الامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان
عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقها
لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف الثيب في ظاهر الرواية لانه
لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به
خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في
التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان
لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته
قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار
للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم
له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق الطلاق
او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق و
الطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق
بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى
ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت
الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات
منه وكان المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده
لان غرضه طلاق وعتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه

الامتناع

الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي والظاهر انه
يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء
او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه
رد على المولى ويقال للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك انه اذا لم يعتقه
وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري
القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب
هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا
وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتق
لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لانه لا صحة له الا ان يجعل صلحا
عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي به المولى يصح وقد رضي المولى به
لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير
فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء
والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو
والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده
على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح
بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد
ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب وفي بعض

قال ما ذكر هنا جواب القياس ليكون الأوصاف مضافا إلى القصاص و...

ومثل هذا فرق ووجهه أن العفو عن البعض صحيح ظاهرا لأن الحق كان له إلا أنه

مع حق المولى صح العفو ثم أبعد ذلك وإن بطل حكما فيعود وجود الحقيقة

حكما فيمنع وجوب القصاص أما هنا فالصحيح لا يظهر الجناية بل يقدر بما هو

... ... أن فوات البعض الجناية لم يمنع العفو هذا وأما السبق

أما إذا أعتقه فالصحيح ما ذكرناه من قبل **قال** وإذا قتل عبد اثنين دون أحدهما

وعفا أحدهما ... لو كان العلم بالجناية ... ... أن ... القصاص ...

وفيه لا ولد لها الجناية لأنه أتلف حقيقة لكل واحد منهما بعضه فلا يبطل القصاص

الانفراد أو الدفع للأولياء والدفع للعفو فكذلك عند الاجتماع ولكن يجمع

حقيقة القصاص في رقبته الواجبة فإن دفع الأولياء الجناية ثم يباع للغرماء

فيفضل بالإتلاف بخلاف ما إذا انفرد الأجنبي حيث يجب بحصة حق المولى

عوضا للولي إلا العفو لأن الأجنبي إنما يجب للمولى بحكم الملك فلا يظهر في حق

الحق لأنه دونه وهنا يجب لكل واحد منهما بالإتلاف فيجب ضمان ... صحيح ...

فيقضيهما **قال** وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع

الولد معها في الدين وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق أن الدين

وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة

بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل

319

الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية

قال وإذا كان العبد لرجل فزعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا

لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية

على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة **قال**

وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته

وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة

منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى

دفعا أو فداء وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي

أو بعت داري وأنا صبي أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه

معروفا كان القول قوله لما ذكرنا **قال** ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت

يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها

إلا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يضمن

إلا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى

حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء

القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول

قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه

فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة

ثم تحققت وقال المقول لا من خطا فادا ديتك لبني مستقيم على ان القول قوله
معول ع هذا لانه ما بينه الرجال من في المعنى لا انه عين ديبة او قطعه
وهي معه لانه وكذا يكون مال بحكم اذا اخذه وهو بينها من بخلاف الاولى و
القنه لان وطئ المولاة امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه منها او بينها
مديونة لا يوجب الضمان حيث يحصل الاستيلاد الا حاله معدودة منا ان لصفاه
قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية
لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بيناه من قبل ولا شئ على الآمر
وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها
باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا
ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى و
قد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية **قال** وكذ
ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما يخاطب
مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان
يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة
وهذا اذا كان القتل خطاء وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير لان عمده خطاء
اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين العبد والحر **قال** واذا قتل العبد
رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى

يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي
كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب المال كل واحد حقا مالا في الرقبة
وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرة آلاف درهم سقط نصيب العافين وهو
النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطاء فعفا احد
وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف
من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطا لانه لما انقلب العمد مالا كان حق
الخطاء في كل الدية عشرة آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا
تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي
الخطاء وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة وقالا يدفعه ارباعا
ثلاثة ارباعه لولي الخطاء وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة
فيسلم النصف لولي الخطاء بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في
النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة
اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا
بالكل وذلك بالنصف **قال** واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما
اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف
نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة
فصل ومن قتل عبدا خطاء فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت

بقيمة عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي
الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا
قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما
ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث
المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا
او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى
اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية
حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها
باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد
الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا
عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا
انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة
آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين
العشرة باثر ابن مسعود رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد
على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار
اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد

القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة
قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان
المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير
المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان يعتقه
ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه فيمن له الحق لان
القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق
للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر
الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان
الملكين في حالتين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا
قتل لان ما لكل واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا
زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهي ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى
ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة
بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال
لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق
قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع تمنع القصاص
ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد

القول بالاستيفاء للخلاف لعصمته الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر بالجهالة
التي هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف ملك [illegible] لان ملك [illegible] معا [illegible]
[illegible] حكمي والاعتاق [illegible] وينقطع السراية اذا [illegible] شبهة من [illegible] وذلك
[illegible] بعد [illegible] العتق [illegible] الحال [illegible] اعتبار [illegible] الجرح يكون [illegible]
للمولى [illegible] اعتبار حالة الموت يكون [illegible] الجرح [illegible] ويتنفذ
وصار [illegible] الاشتباه [illegible] القصاص [illegible]
[illegible] اعتبار ان يكون [illegible] المولى هو الذي [illegible] اذا لا وارث [illegible]
[illegible] الاشتباه [illegible] الحق [illegible] القصاص [illegible]
[illegible] الاعتاق لانه [illegible]
عند [illegible] الاول [illegible] **قال** ومن قال لعبديه
احدكما حر ثم شجا [illegible] على احدهما [illegible] المولى [illegible]
غير [illegible] من [illegible] الغير [illegible]
[illegible] الفرق [illegible] البيان [illegible] من وجه اظهار [illegible]
على [illegible] البيان [illegible] البيان [illegible]
الموت لم [illegible] البيان [illegible] احدهما [illegible]
[illegible] واحد منهما [illegible]
لم [illegible] واحد منهما [illegible] لان [illegible] ثبوت العتق [illegible]

لانه [illegible]

لانه لا [illegible] فانما [illegible] التصرف [illegible]
من [illegible] الى [illegible] الاطراف [illegible]
[illegible] **قال** ومن [illegible] عبده [illegible] المولى [illegible] احدهما [illegible]
[illegible] الا [illegible] وقالا [illegible] العبد [illegible]
وان [illegible] العبد [illegible] احدهما [illegible]
[illegible] ملك [illegible]
[illegible] ونحن نقول ان [illegible] الذات [illegible]
[illegible] اعتبار [illegible] وان كانت معتبرة [illegible]
[illegible] المنفعة [illegible]
[illegible] ثم [illegible] احدى [illegible]
[illegible] المدبر لانه [illegible] الاعتاق [illegible] ملك
[illegible] احد [illegible] احدى [illegible]
ان [illegible] معتبرا [illegible] الذي [illegible]
[illegible] الاموال [illegible]
[illegible] احدى [illegible]
ان كانت معتبرة [illegible] الذات [illegible] الاطراف
الاخرى ان [illegible] الى [illegible]

الارش لان موجب الجناية على المال ان يتعلق برقبته عندنا ثم هو من احكام الاداء
ان كان من الاجزاء ولا يمكن الجنسية ومن احكام الجناية ان يتعلق برقبته
الجنبه فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فصل في جناية المدبر وام
الولد قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته
ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه
صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء
فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة
ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في
اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره
الاقل لا محالة في الدفع لان الاعتبار لقيمته وقت الجناية لان المنع
بين الدفع والفداء وجناية المدبر وان توالت جناياته لا توجب الا قيمة واحدة
لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر
فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال
الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى
وقد دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على
الدفع وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى
وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه حين

حين

دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما
اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية
طوعا وولي الجناية الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية
مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من وجه حتى
تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين
لابطال ما تعلق به من الحق وكالمتأخرة في حق الجناية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى
المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه
بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما
وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية
الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده و
اقراره به لا ينفذ على السيد باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك
قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع
وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه
والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة
سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية
مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه
وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا

محجورا الخلفه جنايات في يد الغاصب لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال
ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته نصفان بينهما لان المولى بالتدبير السابق عجز نفسه
عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق ولى الجناية
او جنايتين من غير المنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمة ويكون بين ولى
الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته
على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فكان استحق
نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع بذلك
على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له
لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى فلا يدفعه
اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر
الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه
احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد
المالك فارغا اخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على
الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند
المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان
ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير انه استحق النصف

حصل بالجناية

حصل بالجناية الثانية اذا كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية ولا
يرجع به على الغاصب هذا بالاجماع ثم وضع المسألة في العبد فقال ومن غصب عبدا
فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع
على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه
فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ولا
يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في العبد
يدفع المولى العبد وفي الفصل الاول يدفع القيمة قال ومن غصب صبيا حرا فجنى
عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فلا يجب عليه الا قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته
على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى ولى الاولى لانه
استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما ينتقص لمزاحمة
من بعده قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه
الى ولى الجناية الاولى ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف
لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه فصار كما لو لم تكن الا الجناية الاولى ولا [illegible]
ويكون على الاتفاق والفرق لمحمد ان في الاول الذي يرجع به عوض ما سلم لولى الجناية
الاولى لان الجناية كانت في يد المالك وفي الثاني [illegible] الاستحقاق

[illegible]

قال [illegible]

[illegible]

قال [illegible]

[illegible]

شرشية

[illegible]

قال [illegible]

[illegible] قال [illegible]

[illegible]

فقد يعني شيء منه [illegible] انه لا يكون [illegible] في يده [illegible] الولي وان حلف الاولياء [illegible]
ولشاع البداة بيمين الولي [illegible] الا وليس فيهم مسلم يحلفون انهم قتلوه
ولان اليمين حجة [illegible] النفي وهذا [illegible] كان النكول
[illegible] اليمين الولي [illegible] على الاولياء [illegible] النكول [illegible]
الا [illegible] نوع شبهة والقصاص [illegible]
جنت الدية ولنا [illegible] البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروي عن سعيد بن
المسيب [illegible] بالعفو والقصاص [illegible] الدية [illegible]
ولان اليمين حجة [illegible] الاستحقاق [illegible] الاولياء الاستحقاق [illegible]
[illegible] المتبذل [illegible] الولي [illegible] العلماء اختاره
[illegible] ولا الولي الا اليمين حقه والظاهر انه يختار [illegible]
[illegible] او صالحي اهل المحلة [illegible] عن اليمين [illegible] القاتل
وفائدة اليمين النكول [illegible] القاتل [illegible]
الصالح [illegible] الطالح [illegible]
جاز لانه يحبس [illegible] قال [illegible] على اهل المحلة بالدية ولا
يستحق [illegible] احد [illegible]
[illegible] الولي [illegible] عليه الدية [illegible]
[illegible] الدية والقصاص [illegible]

حديث زياد

حديث زياد بن ابي مريم وكذا [illegible] وان [illegible] بكم
[illegible] القصاص [illegible] عن [illegible]
[illegible] الدية [illegible] القصاص [illegible]
اليمين [illegible] القصاص [illegible]
على القتل [illegible] الولي [illegible]
[illegible] لان اليمين [illegible]
[illegible] الدية [illegible] النكول [illegible]
اليمين [illegible] حقه [illegible] سقط [illegible]
[illegible] الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا [illegible]
على البعض [illegible]
على البعض [illegible]
[illegible] الكتاب [illegible] ابي يوسف [illegible]
في القصاص [illegible] الدية [illegible] اهل المحلة وقال [illegible]
[illegible] اليمين [illegible] القصاص [illegible]
[illegible] عليهم [illegible]
[illegible] القصاص [illegible]
القتل على واحد [illegible] الدية على اهل المحلة [illegible]

في الطلاق لخصوص ما من دعوى ودعوى موجب بالقصاص لا بالقسامة بخلاف ما
اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس من اهل وجوبها لتعينه بالقسامة منهم
ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم يكن له استحلفه يمينا
واحدة لانه ليس يتوجب لانعدام التهمة في القسامة ثم ان حلف برئ وان
نكل فالدعوى في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مر في
كتاب الدعوى **قال** وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين
لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا
كرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثل
ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف
على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا
فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال
قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول
قال ولا امراة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها فان وجد ميتا
لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته
بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة
احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا
وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه

او اذنه

او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه
او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد
ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه
الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد
اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم لان هذا
حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للادمي
بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه يتكرر
القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود
الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان الموجود
بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلاة الجنازة في
هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط به اثر
الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا
وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا **قال** واذا وجد
القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده
فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم
لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم **قال** وان مرت دابة بين
قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتى بقتيل وجد بين

[illegible] ان يزرع [illegible] الحقيقة الذي وجد فيه
والاصح [illegible] ان يقضى [illegible] الحقيقة [illegible]
[illegible] بالقبض [illegible]
لانه القبض [illegible] **قال** [illegible] الحقيقة
[illegible] الدار [illegible]
[illegible] **قال** [illegible] المالك [illegible]
[illegible] ابو يوسف [illegible] ولاية [illegible]
[illegible] المشتري [illegible]
[illegible] البقعة [illegible] الشفيع [illegible]
[illegible] الولاية [illegible]
[illegible] **قال** [illegible]
[illegible] وقال [illegible]
[illegible] الولاية [illegible]
[illegible] والمشتري [illegible]
[illegible] الولاية [illegible] **قال** [illegible]
[illegible]

باعوا لهم

باعوا لهم فهو على المشتري لان الولاية انتقلت اليهم او حصلت لهم [illegible]
من [illegible] القبض [illegible]
[illegible] القبض [illegible]
[illegible] وهذا عند [illegible] محمد وقال ابو يوسف [illegible]
[illegible]
[illegible] البقعة [illegible] الدار [illegible]
قال [illegible]
[illegible] صاحب القبض [illegible] صاحب [illegible]
[illegible] الشفعة **قال** [illegible] المشتري [illegible]
حتى [illegible] القبض [illegible] البيع [illegible] البيع
[illegible] الذي في يده وهذا عند [illegible]
[illegible]
[illegible]
الولاية [illegible] الملك [illegible]
[illegible] المشتري [illegible] البيع [illegible]
[illegible] الملك [illegible]
الا ترى انه [illegible] الملك [illegible]

[illegible]

قال

[illegible]

قال

[illegible]

قال

[illegible]

قال

[illegible]

وجوب القسامة والدية عليهم على ان القاتل منهم حقيقة او احد منهم لا باعيانهم ابتداء
الامر لانهم بخلاف ما اذا ادعى على غيرهم لانه لما سكت ادعى ان القاتل ليس منهم
هم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا على يد
الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى
الولي فان ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه
وادوا الشهود بالسوية واجبوا العدة بعقبي دعوته على اهل المحلة لان القتيل بين
اظهرهم ويحلف عليهم الا ان ادعى الولي على واحد او على رجل منهم بعينه
لم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة
ولا على او ليك جميعهم الا بالبينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق لمدعيه بكونه
رديا اما السقوط به حق ما اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل
في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط
فعلى من سكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب
الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد
قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا
وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان
فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال وان قال
المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان

لانه يريد

لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا لانه لما
اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال
واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا
عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية
بدعوى الولي القتل على غيرهم فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل
الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم
وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد
قال رضي الله عنه وعلى الاصل الذي ذكرنا يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال ولو
ادعى على احد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل شهادتهما
لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بينا والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وفي
عن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا نعرف له قاتلا غير فلان لكن
لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك
الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهو قول ابي
حنيفة وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة او
المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله
ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص وان كان صاحب
فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم

ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات
لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن لأن يده
بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله
من مسئلة العبيد ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند
أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه لأن الدار في يده حين
وجد جريحا فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور
القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة
فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور
القتل بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيكون هدرا ولو أن رجلين
كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر
الدية وقال محمد لا يضمن لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أن الآخر قتله فلا يضمنه
بالشك ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا
كما إذا وجد قتيلا في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد
عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها
في النسب وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضا لأن القسامة إنما تجب على من
كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي ولهما أن القسامة لنفي
التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون إن المرأة تدخل مع العاقلة

في التحمل

في التحمل في هذه المسئلة لأنا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد
رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو
على صاحب الأرض لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من
أن تسفك أي تمسك **قال** والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس
القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية
وقد ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عم في حديث حمل بن
مالك للأولياء قوموا فدوه ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخاطئ
معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه
وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقا
للتخفيف وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة
فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به **قال** والعاقلة أهل الديوان
إن كان من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين وأهل الديوان
أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان وهذا عندنا
وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عم ولا نسخ
بعده ولأنه صلة والأولى بها الأقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فإنه لما دون
الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم

وليس في ذلك تنسيخ لما هو مقرر معنى لأن العقل كان على أهل النصرة وقد
كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت
بالديوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم
بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة
كما قال لكن أي لكن المعنى هو صلة وهو العطاء أولى منه من أصول أموالهم و
التقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه لأن
الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فإن خرجت
العطايا في أكثر من ثلاث أو أقل أخذ منها لحصول المقصود وتأويله إذا كانت
العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل
القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين
إن شاء الله تعالى ولو خرجت للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه
في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرناه وإذا كان جميع الدية في ثلاث
سنين فكل ثلث منها في سنة وإذا كان الواجب بالعقل ثلث الدية
أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين
في السنة الثانية وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما
وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله
في ثلاث سنين وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لأن التأجيل

للتخفيف

للتخفيف تحقيقا والعاقلة حالا بل يتحقق به بعد تحقيق وقلنا إن التأجيل بالأثر والشرع
قد ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية
في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل إذ هو بدل النفس وإنما اعتبر مدة ثلاث سنين
من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر
ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته
قبيلته لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلاث سنين
لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره
القدوري في مختصره وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية وقد
نص محمد على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة
فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح قال
وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل معنى نسبا كل ذلك
لمعنى التخفيف ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات الإخوة ثم بنوهم ثم الأعمام
ثم بنوهم وأما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي
الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة
والآباء والأبناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم
أقرب الرايات يعني أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك إلى الإمام
لأنه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار

من الكل لانه صلة فيعتبره بالزكوة وادناها ذلك اذ خمس دراهم عندهم نصف
دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انها لا تؤخذ من اصل المال فـ
ينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق
يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في
حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم
تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان
يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان
يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة
مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر
بحصته وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطيات في كل سنة فرضت الدية
في الاعطيات دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطيات اكثر
او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في
الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون
فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وفي
الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه بجامع كونه معذورا
قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا
فالبرئ منه اولى قال [illegible] ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء

والذرية

والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع
العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته و
الناس لا يتناصرون بالصبيان والنسوان ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف
عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية
بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه
ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض
ازواج النبي عليه السلام رضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا
كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده وبالقرب
باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل
كل مصر سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم
فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة و
ديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل
ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء
وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج
كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان
عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من
اهل ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل

هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم
اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطا بالوصف ... ولا اذا كانوا
ترتيبا لهم وفي الكتاب ما اشار اليه حيث قال واهل البادية اقرب الى النسبا
من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم النصرة واهل المصر اقرب منهم مكانا وانه
القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي
نازلا في المصر لا مسكن له لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من
لا مسكن له حتى ان اهل البادية لا يعقلون عن اهل المصر النازل فيهم لانه
لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل
احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات
لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود فيهم وان
لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى له عليه
كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان
لو وجدت واذا لم يوجد بقيت عليه بمنزلة تاجر من المسلمين في دار الحرب
قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه
ولا يمكن من هذا القتل بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر
والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة
قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى

ينبغي ان

ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر
ولو كان القاتل من اهل الكوفة وهو رجل له بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة
قبل ان يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب
هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء
وجه ظاهر الرواية ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل والقضاء
ينقله الى المال وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك
يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب
قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل يؤخذ من عطائه
بالبصرة لانها يؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا افترقت العاقلة
بعد القضاء عليه حيث تقسم الدية على الباقين لان في النقل ابطال حكم الاول
فلا يجوز ذلك وفي النقل الى البقية تكميل لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا
ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى
استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها على اهل الكوفة
لم ينقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى
بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا
بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين
ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطياتهم وان كان قضى بها اول مرة

في موالاتهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها على مواليهم وبعطياتهم وأموالهم
غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداءً والأداء من العطاء أيسر إذا كانوا
من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء
بالإبل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء
الأول لكن يقضي ذلك من مال العطاء لأنه أيسر **قال** وعاقلة المعتق قبيلة مولاه
لأن النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عم مولى القوم منهم **قال** ومولى الموالاة يعقل عنه
مولاه وقبيلته لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي
وقد مر في الولاء **قال** ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف
العشر فصاعداً والأصل فيه حديث ابن عباس رض عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً
إلى رسول الله صلعم لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون
أرش الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف
ولا إجحاف في القليل وإنما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع **قال** وما
نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على
العاقلة كما ذهب إليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء إلا أنا تركناه
بما روينا وبما روي أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة وهو نصف
عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب
بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس **قال**

ولا تعقل العاقلة

ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح ولا ما اعترف به الجاني لما روينا
ولأنه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم
قال إلا أن يصدقوه لأنه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم
ولاية على أنفسهم ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه
بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت
بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن
قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة
لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لأن الدية بتصادقهما
تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الأول إلا أن يكون له
عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لأنه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم
قال وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته لأنه بدل النفس على ما عرف
من أصلنا وفي أحد قولي الشافعي في ماله لأنه بدل المال عنده فلهذا أوجب القيمة
بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك
الأموال عندنا على ما عرف وفي أحد قوليه تتحمل العاقلة كما في الحر وقد مر في الجنايات
قال أصحابنا إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لأن جماعة
المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه
لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة

ان الدية في ماله وهو حيه الى الاصل ان يجب الدية على القاتل لانه بدل متلف
والاعواض مثل الاموال العاقلة تحملها تحقيقا للتخفيف على ما عرف فاذا لم يكن له عاقلة
عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقل عنه عاقلة الام لان نسبه ثابت منها
دون الاب فان عاد الاب واكذب نفسه رجعت عاقلة الام بما ادت
على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب
لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل
كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومع ظهوره من الاصل لقوم الام
تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب غير مجبورين عليهم لانهم مضطرون في ذلك
وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه
قوم امه ثم ادت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت
حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم غير واجب
عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله ضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها
على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت
باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر لانها وجبت لان الدية
تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه هذا الذي ذكرناه من حرفه
والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما في معنى ولاء
الولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاول قضى بها او لم يقض وان لم

حال حفت

خاله خفت مثل دعوة ابن الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء
بها او لم يقض ولو لم يختلف حاله ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار
في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية
وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية وان كانت
العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشترك الكل في حكم الجناية قبل القضاء
وبعده الا فيما سبق اداؤه من الحكم هذا الاصل مسائل كثيرة تخرج عليه وردت
في النظائر والاضداد **كتاب الوصايا باب** في صفة الوصية
ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه **قال** الوصية غير واجبة
وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته
ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا
استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باملة مقصر في عمله فاذا عرض
له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله
على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي
الشرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة وقد بيناه وقد تبقى المالكية
بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو
قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى
تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها

حسناتكم او قال حسنة احييتم وعليه اجماع الامة ثم يصح للاجنبي من غير اجازة
الورثة لما بيناه وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى قال ولا يجوز بما زاد
على الثلث لقوله عم في حديث سعد رض الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته
بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه
عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث
ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به
عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في حديث الحيف في الوصية
من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة
بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال
حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد
وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان
الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق
القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحق يثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق
فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان
الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث واجازت بقية الورثة كما ذكرناه وكل ما جاز
باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث
والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض

وصار كالمرتهن

وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان
او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عم لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره
الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف
اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه ما
بيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز لان
جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع
بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها
لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عم ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية
للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف
بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت
الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة
من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث
واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار
قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع
لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته
على نفسه دون الاخر قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم اما الاول
فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية واما الثاني فلانهم

بعقد الذمة ساوى المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين
في حال الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى
انما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول الوصية بعد
الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت
حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان
بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب
بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم
الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا
يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام
افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا
وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة
على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى
وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين
قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية
اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا
الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب
ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة

خلافه

بخلافه حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال
الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل
الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك
موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه
الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من
جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه
الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز
الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية
تبرع وابدا يبدء بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية
على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا
كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي
راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا
انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالالزام والاثر
محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه و
ذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع
والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه لا وضعا
وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت

مباشرة وكذا او رق ان اقراره ورثت ... افلا انه لعصمته وصية الموجبة والملك
بتنجيز او تعليق حتى بالطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما ناقصة
والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب
وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قياس قوله لا تصح وعندهما تصح ردا
لان المكاتب لو قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملكه عتق عندهما
معروف في موضعه قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر
من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة
في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه
يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه
ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية
ولانها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود
اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية
لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح
افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح
افراده بالعقد يصح استثناؤه منه وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي
الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه

في كتاب الهبة

في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول
كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما
الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت
وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان
في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل
في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها
فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشوه
والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن
نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها
لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا
باع العين الموصى بها ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في
ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته
عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد
ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره
محمد وقال ابو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الحال والماضي
فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا
كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود

نفس الامر والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة
ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي حرام او ربوا لا يكون رجوعا لان
الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال هي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو
قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا
قال تركت لانه اسقاط ولو قال الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان
رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان
المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا
عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا
حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها
للثاني ولم يتحقق فيبقى للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت
الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

أصل

باب الوصية بثلث المال **قال** ومن اوصى بثلث ماله ولآخر بثلث
ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه
عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق
والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس
فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما
فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلثة اسهم

سهم لصاحب

340

سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الآخر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث
ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما
نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الوصية قصدت بشيئين الاستحقاق والتفضيل
وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها
وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها
بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه كالمحاباة
الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون الاجازة
من الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة
ما يخرج منه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب
بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة
بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالفاظ المرسلة لو هلكت التركة
تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة **قال** واذا
اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية
بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن و
مثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال
والكل ماله في الحال والجواب ما قلنا **قال** ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة

الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يراد به
احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد
على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو
السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما روي و
لانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس و
يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا
السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول
يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي
فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او مجلس آخر
له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال
سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد
لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين
الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك
وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث
ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة
ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد

يمكن جمع

يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع و
الوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم
بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال وان
اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله
لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس
مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون
بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث عشرة من رقيقه فمات
اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده
لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد
ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه بالفقه المذكور قال ومن اوصى
لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع
الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم
يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي
الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة
لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير
مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرنا قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث
ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا

فلان الحي الذي هو من اهله حتى اذا اوصى لزيد وجدار او من ابي يوسف انه
اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف
الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث
للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث
لان قضيته هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم
الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث
مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال
له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف
مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله
وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك
الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب
بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت
وان لم يكن له غنم فاستفادها ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ
المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر
قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة
لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد ازم
في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح

لان المصحح

342

لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح
لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من
غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين
الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج
كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث و
للفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان و
اصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان
وفسرناهما في الزكوة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد
ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم
على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع
احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب
خمسة والثلث للثلث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه
لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين
ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى
مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر
قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين

الكل ما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلث مائة كلا ما اذا
اوصى لرجل باربع مائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشتراك لانه لا يمكن تحقيق
المساواة في الكل لتفاوت المالين فجعلناه على مقدار كل واحد منهما بقسطه
عملا بالمعظم بقدر الامكان قال ومن قال لفلان على دين فصدقوه معناه
قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق
لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه
صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بالحجة فتعذر اثباته
اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة
وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه
دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها
الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء
وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال فان اوصى
بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم
معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم
وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا
الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال

لاصحاب الوصايا

لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان
هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان
في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا
والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما
اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين
غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل
وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول و
بطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة
فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين
او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء
تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن امر
كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا
الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث
فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل
في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون
مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال

ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط وردي فاوصى لكل واحد لرجل
فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى
جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك
فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال
الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون
لصاحب الجيد ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الادون
ولصاحب الادون ثلثا الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين
لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو
الردي الاصلي يعطى له من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون
لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الادون فيتعين حق صاحب الاوسط فيه ضرورة قال
واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها
تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع البيت في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذراع
البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد مثل ذراع نصف البيت له انه
اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف
الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة
كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي

تنفذ الوصية

تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب
صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند
فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية تتعلق بالاخذ بعد
البيع كما بيناه في بدلها بخلاف ما اذا باع العبد الموصى به حيث لا تتعلق
الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع كما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما
انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك ينتفع به
من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر
ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه
القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى
اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر
تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان
مراده من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت
اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا
بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار
الوجه الاخر كما اذا علق عتقا وطلاقا بأول ولد تلده امته فالمراد
في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار
مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم

تسعة منها للورثة وسهم منها للموصى له وهذا عند محمد وفرق لمحمد
اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة اذرع
فيجعل كل خمسة سهماً فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهماً لان الموصى له
يضرب بالعشرة وهم بخمسة والورثة فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان
ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه
لمحمد في الفرق ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر
بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات
لا تصح وصيته ولا تنفذ **قال** ومن اوصى من مال لرجل لآخر بالف بعينه
فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان
هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون متبرعاً ايضاً
فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة
لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا
اجازوا سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي **قال** واذا اقتسم الابنان تركة الاب
الفاً ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده
وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره
بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليسلم له النصف
وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقراً بثلث

ما في ايديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره
لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له
بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه
نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر ايضاً فياخذ نصف ما في يده فيصير
نصف التركة فيزداد على الثلث **قال** ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد
موت الموصي ولداً وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت
في الوصية اصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً بالام فاذا ولدت قبل القسمة
والتركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان
للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعاً
في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه
من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة
تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولداً يساوي
ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له
ثلثا كل واحد لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال فلا يخرج
عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم
الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذت الوصية
فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ

في البيع لا يؤدي الى النقض في الاصل بل يبقى تبعا صحيحا فهذا الارث لا تقابله عوض
الحجر ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به بقبض ولكن الحجر تابع في البيع
حتى ينعقد البيع بدونه ذكره وان كان فاسدا ابتداء او ولدت حتى الجهة
فاذا ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه بعد القسمة
فصل في اعتبار حالة الوصية قال واذا اقر المريض لامرأة بدين
او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية
والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من
جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الاول
يقدم بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك
ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد
الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق
وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه
نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة
والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والا
قرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار
فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي
طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل

موته لا يصح

موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان الابن
عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين
يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له
وهو ابن والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة
فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت
بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول
ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا
من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك
فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث
اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض
الموت باب العتق في مرض الموت قال ومن اعتق عبدا في مرض
موته او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب
مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار
من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت
وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض
ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل
ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بالحالة

دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فإن كان صحيحا
فهو من جميع المال وإن كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة
لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله قال فإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث
عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة وإن أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى في
المسألتين والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث
فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا
العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة
في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب
الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وإنما قدم العتق الذي ذكرناه
آنفا لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة
لا يحتمل الفسخ من جهة الموصي وإذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه
من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية أن
العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر
لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت وله أن المحاباة أقوى لأنها ثبتت في ضمن
عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والإعتاق تبرع صيغة
ومعنى فإذا وجدت المحاباة أولا دفعت الأضعف وإذا وجد العتق أولا وثبت
وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة إذا حابى

ثم أعتق

ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب
المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان
ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة وما أصاب
العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال ومن أوصى
بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة
وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وإن لم يهلك منها وفضل
شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لأنه
وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج وله أن الوصية
بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له
وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم
يتبدل وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه وقيل
هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما
حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد
حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا أشبه قال
ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان أعتقه في مرضه
فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لأن العتق في مرض الموت وإن كان
في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة

لان الاصلاح لحقهم وقد اسقطوه ولهذا الاستقالة عليه قال ومن اوصى
بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع
قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه
يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج
عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه
الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية
لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فينفذ الوصية قال ومن
اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد
فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول
الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من ثلثه شيء او تقوم له البينة ان
العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان
العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه
العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان
منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب
الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله قال
الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة
ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه

قال ومن ترك

قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على
ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا
يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث
في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان
على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار
بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق
اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية
ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن
استناد العتق الى تلك الحال لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب
السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل
لي على الميت الف درهم دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة
فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل

قال ومن اوصى
بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها
مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه
البداءة بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا
ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبدأ
بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية

عنه بعدم الحج وهو قول محمد وجه الاول انهما وان استويا في باب الوصية
فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال
والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج
على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت
في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر
لانه عرف وجوبها بالقران دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على
على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس
يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه
الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا
ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي
ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود
بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا
الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لانه
الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية
لاداء ما هو واجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا
فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه
من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة عدمناها فيه

غير انا

غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي يقصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن
والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين
الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى
ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد
يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما
ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره ووقع اجره
على الله تعالى فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة
فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب
على الوجه الذي وجب **باب الوصية للاقارب وغيرهم** **قال** ومن اوصى لجيرانه
فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الملاصقون وغيرهم ممن
يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من
المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه
الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم
يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله عليه السلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره
بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره
الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجوار الى
اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن و

والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه
العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية
لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي
رحم محرم من امراته لما روي ان النبي عم لما تزوج صفية رض اعتق كل
من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم وهذا
التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة
ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات
الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت
في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت
الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه
وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول
الازواج المحارم قال ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ
يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم
محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا
عند ابي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب اليه الى اقصى اب له في الاسلام
وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف
فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام

ولم يسلم

ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم
بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث
يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية
والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط من اقامة واجب الصلة وهو يختص
بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن
سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب
الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر
اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى
الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى قال واذا اوصى لاقاربه
وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث
وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم
نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان
في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل
الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد
فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم
والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة
فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي

قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرناه لان كل ذلك لفظ جمع ولو
انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف **قال** ومن اوصى لاهل
فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته
اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين
وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله
ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان
فهو لاهل بيته لان الآل القبيل التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان
يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه
فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه
دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب
الام والاب ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم
ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم
لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية
للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة
وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان
بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية
لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه

تمليكا في

تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء
والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في
الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول ابي حنيفة
اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال
يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز و
الكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول
الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم
ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم **قال** ومن اوصى لولد
فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل
انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن
اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي
في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه توقف حتى يصالحوا
له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة
مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما
لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث
يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه

في الصحة والمرض ولا يدخل فيه مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت
بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف
انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان
لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان
له موال واولاد الموالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم
دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء
لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول ان الجهة مختلفة في المعتق الانعام
وفي الموالاة عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم
موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون
اليه باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي
لانه يتناولهم مجازا فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق
واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة
والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة
ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لان نسبة الكل اليه بالولاء

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده
وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها
في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان

ويكون

ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما
يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا
ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه
خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى وكذا
الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما
جميعا قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق
الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة
يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين
كما في الوصية بالعين ولا يقسم العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى
المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث
حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل
للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا
الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو
الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف
ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار
بان يظهر للميت مال اخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم
اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان كان

مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك
الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت
لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره
فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها
في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت
الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة
فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم
من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار
وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل او بغير
بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصلنا وليس بتمليك ولنا
ان الوصية تمليك بغير بدل مضافا الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا
بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة
لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم
ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع
للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في
وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية

فيما تحقق

فيما تحقق للمستأجر في عقد المعاوضة وانما يثبت هذه الولاية لمن يملكها
تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي
تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه
معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون اهل الموصى له
واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله ليخدمه هناك اذا كان يخرج من الثلث لان
الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان اهله في مصره فمقصوده
ان يمكنه من خدمته في مصره [illegible] واذا كان اهله في غيره
فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او غلة داره يجوز ايضا
لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة
لانه دراهم او دنانير وكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث
غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء ولو اراد الموصى له قسمة الدار
بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية
عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا
للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه
القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك
المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى لرجل بخدمة عبده ولاخر برقبته وهو يخرج من الثلث
فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما

معلوم ما عطفناه لا احدهما على الآخر صفة من الجهالة لا كان لا انفراد لم ما صح الوصية
لصاحب الخدمة فلو لم يوص بالرقبة لشخص لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع
كون الخدمة للموصى له فكذا إذا أوصى بالرقبة لشخص آخر إذ الوصية أخت
الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت وله نظائره وهو ما إذا
أوصى بأمة لرجل وما في بطنها لآخر وهي حبلى أو أوصى لرجل بخاتم
ولآخر بفصه أو قال أوصيت بهذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لآخر كان كما
أوصى ولا شيء لصاحب الظرف من المظروف في هذه المسائل كلها إذا فصل بعضها
الإيجاب عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعند محمد الأمة للموصى له
والولد بينهما نصفان وكذلك أخواتها لأبي يوسف أن بالإيجاب في الكلام الثاني
تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان
منه صحيح وإن كان مفصولا لأن الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فكان
البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد
أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها
واسم القوصرة كذلك ومن أصله أن العام الذي يوجب ثبوت الحكم على سبيل
الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل واحد منهما وصية بالإيجاب
على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون الإيجاب الثاني في الوصية فيه لأن اسم الرقبة
فلا يكون رجوعا عن الأول كما إذا أوصى بها لآخر بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة

لا يتناول

لا يتناول الخدمة وإنما يستحقها الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه
فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق وكذا هذا إذا كان الكلام
موصولا لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء بيانه أنه أوصى له بالخاتم
الحلقة خاصة دون الفص **قال** ومن أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه
ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستاني أبدا فله هذه الثمرة وثمرته
فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل
والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة
مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن
لم يكن شيئا أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا
يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت تتناولهما
عرفا غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود
فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد **قال** ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو
بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما
على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل لأنه إيجاب عند الموت
فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق أن القياس يأبى
تمليك المعدوم لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع
بوروده والعقد عليها كالمعاملة والإجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية

بالطريق الاولى لانه ابرها واوسع اما الولد المعدوم واخواه فلا يجوز ايراد
العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها
لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية باب

وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو
ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم وكذا
عندهما اما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال ولو اوصى بذلك
لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان يبني داره بيعة او كنيسة فهو جائز
من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن
تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت
الوصية عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الوصية باطلة لان هذه معصية
حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها
من تقرير المعصية ولابي حنيفة ان هذه في معتقدهم قربة ونحن امرنا بان نتركهم وما
يعتقدون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة
معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق
لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال
الملك للباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين
والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فيبقى ملك الباني فيورث عنه ولانهم يبنون

فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة
يورث المسجد ايضا لعدم التحرر بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه
امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول
ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون
قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي
بان تذبح خنازيره وتطعم المشركون وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين
كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون
قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجد للمسلمين او بان يسرج
في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا
اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها
اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت
المقدس او بان يغزى الترك وهو من الروم وهو جائز سواء كان لقوم باعيانهم
او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا
اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات
فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم
فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية كالمسلم
لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف

المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها
لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي
دارنا بامان واوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية
بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي
لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان
والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية
ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت
او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بيناه
وكذلك لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في
المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح
تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز لانه
مستامن من اهل الحرب وهو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على
السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز
اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى
لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي
في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخت
الميراث

باب الوصي وما يملكه قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي

ورده في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح
رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد
رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في
غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه قال فان
رده في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور
لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار
ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه
باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر
بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم
بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة
لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت
خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام
ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق
العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتاب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل
ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصاية حين قال لا اقبل لانه
بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء
مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية

يصح ذلك لانه مجتهد فيه فللقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر
ببقاء الوصاية عنده فدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا
فيه فدفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي
اياه اعتق لم يلتفت اليه لانه قضى بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال
ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم
وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصاية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد
في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في الكل في هذه الصور ان الوصية ستبطل
وقيل في العبد باطل اصلا لعدم ولاية العبد ومعناه باطل حقيقة لعدم
ولاية واستبداد وفي غيره ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم
ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد
حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر
لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية
الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي
عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون
القاضي مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال
ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه
او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته

وان كانوا

وان كانوا صغارا كلهم فالوصية جائزة عند ابي حنيفة ولا تجوز
عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة
وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق
ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع
ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه
لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف
فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا
ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا
لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة
او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغير الوصف لتصحيح الاصل
اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية
لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته ونقص
كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك
حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي
عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف
امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار
الميت ومرضيه والقاضي اولى لهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته

فالولي ان يقيم غيره مقامه وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه
لا ينبغي ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا
ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في
الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له **قال**
ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون
صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما
بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي
لا يتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية
خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي
وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد
منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت
بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد
وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح
لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق
مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق
التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح
وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف

الاشياء

الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع
الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا
في شراء الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند
ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها
ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون
لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه
وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه
الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي
والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد
الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام
والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية الا ترى ان الجيران يملكه وبيع
ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة
لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن
من باب الولاية **قال** وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع
او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا
لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف
الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل يتفرد

كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين الا ان لكل واحد على الانفراد وهذا
لان ما اذا فقد رضي براي الواحد وعند الحاجة في الفصلين واحد
لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتوقف
فان مات احدهما جعل القاضي اليه مكانه وصيا اخر اما عندهما فلان الباقي
عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا اخر نظرا للميت عند عجزه
وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان
يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي اخر مكان الميت
ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية
بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان راي الميت
باق حكما براي من يخلفه وعن ابي يوسف انه لا ينفرد بالتصرف لانه
ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى
كما رضيه المتوفي قال واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصي في تركته وتركة
الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول
اعتبارا بالتوكيل في حال الحيوة وبجامع انه رضي برايه لا براي غيره ولنا
ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد
الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى
الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما ينتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء

اقامة غيره

اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية
في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك
مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه
صار راضيا بالايصاء الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان
يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال وم
قاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى
له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير
مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا
اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له
ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه
ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه بعيب ولا يصير مغرورا بالشراء
الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي
كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه
وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون
له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك
على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له
فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بيناه قال وان كان اوصى بحجة

حيث قاسم الورثة فهلك ما في يده يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك
ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا
للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان
القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء
وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف
ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت
لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو
تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان
تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه
لم يتم فصار كهلاكه قبلها **قال** ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة
الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة
ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير نصيبه ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا
لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح
حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل **قال** واذا
باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو
تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا
اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع

لا يبطل المالية

لا يبطل المالية لفواته الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان
للغرماء حق الاستسعاء اما هنا فبخلافه **قال** ومن اوصى بان يباع عبده
ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في
يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه
وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد
اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده **قال** ويرجع فيما ترك
الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول لا يرجع
لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه
يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث
وجه الظاهر انه رجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع
التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في
الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا
عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا
كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة
قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر **قال**
وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض
الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة

بحصته لا يبقى ما يحتاج إليه ما أصابه قال وإذا احتال الوصي بمال اليتيم
فإن كان خيرا لليتيم جاز وهو أن يكون أملأ إذ الولاية نظرية وإن كان
الأول أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه ولا يجوز بيع
الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله لأنه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف
اليسير لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون
والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة
لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والإذن فك الحجر بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم
النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لأن التصرف
بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله قال وإذا كتب كتاب
الشراء على وصي كتب كتاب الوصاية على حدة وكتاب الشراء على حدة لأن
ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في الشراء فيحمل على
مصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان
ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بيناه وقيل لا بأس به لأن الوصاية
تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار
لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك
الوصي غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير إلا أنا استحسناه لما أنه
حفظ لتسارع الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار

محصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة
وقال أبو يوسف ومحمد وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي
الأب في الكبير الغائب وكذا وصي الأم ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء
لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال
والوصي أحق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام
الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيتقدم عليه ولنا أن بالإيصاء تنتقل
ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا
لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من
تصرف أبيه قال فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس إليه
وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصي الأب في
التصرف لما بيناه فصل في الشهادة قال وإذا شهد الوصيان
أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها لإثباتهما
معينا لأنفسهما قال إلا أن يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو
في القياس كالأول لما بيناه من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب
الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما
مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان
معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما

نفي نصب حافظ للتركة ولو شهد الوصيان لوارث صغير بشيء من مال
الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران لانفسهما ولاية التصرف في المشهود به
وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم تجز وان كان في غير مال الميت جاز
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين
لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت
الشهادة عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول
عند غيبة الوارث الكبير فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع
ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال
واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين
بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للاخرين بوصية
الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا
وابو حنيفة في رواية الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع
اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للاخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة
يشاركه الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف
حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال ولو

شهدا انه

شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما ان الميت
اوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادتان بالاتفاق لانه لا شركة
فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود
لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادتان باطلة وكذلك اذا شهد
الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه
اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة
للشركة والله اعلم

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال واذا
كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان
يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من
حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة
على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم
للاسبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق
سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة
قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع
فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع
في احدهما وضيق في الاخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق
لانه لا مرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل

وكذا اذا بلغ واحتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات
الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المراة او نزل له لبن في ثديه او حاض
او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امراة لان هذه علامات النساء
وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط و
الاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قال**
واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه
امراة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فـ
تفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد الصلوة لاحتمال
انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه
ويساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امراة **قال**
واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امراة ويجلس في صلوته جلوس
امراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امراة
فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته
ان يعيد لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعيد اجزاه ويبتاع له
امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة ويكره ان يختنه
رجل لانه عسى انه انثى او يختنه امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا فان لم يكن له مال

[illegible]

يبتاع الامام

363

يبتاع الامام له امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا اختتنته باعها
ورد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحلي
والحرير وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم
من الرجال او امراة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان
احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس
المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المراة لان ترك لبس المخيط
وهو امراة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او
عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر
الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي
حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين
جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او
قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف قضية الدليل وان
لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره
لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى
لاحتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل و
لا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم
واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامراة

لو وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال
أنه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من
عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد و
إن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو
أحب إلي لاحتمال أنه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إلي لأنه يكفن
في ثلاثة أثواب لأنه إن كان أنثى فقد أقيمت سنة وإن كان ذكرا فقد زاد
على الثلث ولا بأس بذلك ولو مات أبوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند أبي حنيفة
أثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك
وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلفوا
في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة
وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لأن الابن
يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة أرباعه عند الانفراد فعند الاجتماع يقسم
بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثى
لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون بينهما أثلاثا
فاحتمال له النصف والثلث وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان
لكل واحد ثلاثة وفي حال أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة أسهم فسهمان
للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينتصف فيكون له سهمان

والنصف فانكسر

والنصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة
وللابن سبعة ولا يتحقق أن الحاجة ههنا إلى إثبات المال ابتداء والأقل
وهو ميراث الأنثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأوجبنا المتيقن به
اقتصارا عليه لأن المال لا يجب بالشك وصار كما إذا كان الشك في وجود الطلاق
... فإنه لا يؤخذ فيه إلا بالمتيقن كذا هذا إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ
يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون الورثة زوجا
وأما وأختا لأب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم خنثى
فعند أبي حنيفة في الأولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة
الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما

مسائل شتى

قال وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في
هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار
فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين
لأن المجوز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الأصلي والعارضي كالوحشي
والمتوحش من الأهلي في حق الذكاة والفرق لأصحابنا أن الإشارة إنما تعتبر
إذا صارت معهودة معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد
ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس ولأن التفريط جاء
من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت أما الأخرس فلا تفريط منه ولأن العارض

على شرف الزوال دون الاصلي فلا ينقاس ان وفي الآية عرفناه بالنص قال وإذا
كان الاخرس يكتب كتابا او يومئ ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتقه وبيعه
وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلان البيان بالكتاب بمنزلة
الخطاب من نأى الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة
بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وفي حق الاخرس اظهر والزم ثم الكتاب
على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا و
مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة
صريح من الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو
بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس
في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ
وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها
حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا تحده
ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق
بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى انهم لو
شهدوا بالوطء الحرام او اقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا او اقر بالقتل المطلق
او بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوض
العوضية لانه شرع جابرا اي زاجرا فيثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق

العاد اما الحد

العاد اما الحد وخالص حق الله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية
فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب
ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما
روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب
في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة اللازمة
ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة خلافا لما روي
عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية
ولا ضرورة هنا لانه جمع بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل
واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة
زيادة امر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا و
كذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه الا ان التي
فائدة وشئ هذا التفسير للمعتقل قال وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها
ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى وأكل وان كانت الميتة اكثر
او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة
الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة
فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصل الى الذكية
في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار و

وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضرورة فلا يصار اليه من غير ضرورة
ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولكن ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة
في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم و
المسروق والمغصوب مع ذلك يباح التناول اعتمادا على
الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع
الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل
النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا
نصفين او كانت الميتة اغلب
لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب

تمت الكتاب بعون الملك
الوهاب تمت

قد وقع الفراغ من كتابة هذه النسخة الشريفة الميمونة في يوم الاربعاء
في اثنا وعشرون من شهر ربيع الثاني سنه الف ومائتين وخمسين
في بلده بخارا شريف صانها الله تعالى عن البلايا في مدرسه
ملا محمد شريف على يد العبد الضعيف النحيف المذنب الراجي الى
رحمة ربه اللطيف عبد الرزاق بن ملا عاشور نظر بخت
غفر الله ذنوبه وستر عيوبه ولجميع المؤمنين والمؤمنات برحمتك يا ارحم الراحمين